

# Auswirkungen hybrider Projektvorgehensmethoden auf den Softwareerstellungsvertrag

Klaus Gennen<sup>1</sup>

**Abstract:** Projektvorgehensmethoden orientieren sich fachlich an den Projekterfordernissen. Sie werden mit ihren Auswirkungen auf das Projektgeschehen jedoch oft nicht im Softwareerstellungs- bzw. Projektvertrag berücksichtigt. Das konterkariert den Sinn des Vertrages, das abzubilden was geschehen soll. Klassische, agile und hybride Projektvorgehensmethoden zeitigen dabei i.d.R. Verträge unterschiedlicher Rechtsnatur (Werk-, Dienst-, gemischter Vertrag). Der Rechtsberater, der sich typischerweise mit Projektvorgehensmethoden nicht gut auskennt, steht vor der Aufgabe, einen Vertrag zu gestalten, der auf die gewählte Projektvorgehensmethode Rücksicht nimmt bzw. dazu jedenfalls nicht im Widerspruch steht. Der Beitrag zeigt auf, auf welche Elemente es insoweit bei der Erarbeitung des Sachverhalts ankommt, damit die Projektbeteiligten insoweit beim Rechtsberater das fachliche Verständnis wecken können und dieser Vorgehensmethode und Vertrag in Übereinstimmung bringen kann, insbesondere in Bezug auf Leistungsbeschreibung, Termintreue, Flexibilität bei der Umplanung, Mangelhaftung und dergleichen. Im Ergebnis zeitigen gemischte bzw. hybride Projektvorgehensmethoden auch Verträge mit sozusagen gemischter Rechtsnatur – was die Rechtssicherheit leider nicht erhöht.

**Keywords:** Softwareerstellung, Wasserfallmodell, Scrum, Dienstvertrag, Werkvertrag, gemischter Vertrag, hybride Projektvorgehensmethode

## 1 Einleitung

Softwareerstellungs-/anpassungsprojekte („Projekte“) haben z.T. andere Anwendungsfelder als noch vor wenigen Jahren, heutzutage z.B. Apps, Cloud- und Big-Data-Anwendungen. Die Wahl der Projektvorgehensmethode („PVM“) orientiert sich dabei i.d.R. an den fachlichen Erfordernissen des Projekts<sup>2</sup> und nimmt keine Rücksicht auf den Vertrag. Vielfach wird der Vertrag durch die internen oder externen Rechtsberater in Unkenntnis der PVM entworfen, oder umgekehrt bei bereits vorab erstelltem Vertrag von der Fachseite nicht darauf geachtet, ob der Vertrag die PVM zutreffend abbildet. Passen Vertrag und PVM nicht zusammen, führt dies oft zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Vertrag. Dabei übersteuert oft das tatsächliche Verhalten der Beteiligten im Projektleben die rechtlichen Regelungen im Vertrag, und es ist außerordentlich schwierig, rechtliche Regelungen anzuwenden, die für eine andere Gestaltung gemacht wurden als die Situation, die sich gerade ereignet.

Die Interessen der Beteiligten werden, was den fachlichen Projekterfolg betrifft, zumeist gleichgerichtet sein, in rechtlicher und finanzieller Hinsicht sind sie es regelmäßig nicht. Während der Anwender nur dann bereit ist bzw. sein sollte, am Vertrag festzuhalten und die (volle) Vergütung zu zahlen, wenn ein vereinbarter Erfolg auch eingetreten ist, und

---

<sup>1</sup> Rechtsanwalt u. Partner der Kanzlei LLR, Köln, Fachanwalt für IT-Recht und für Arbeitsrecht, ext. Datenschutzbeauftragter, zugl. ordentl. Professor (Teilzeit) an der TH Köln, klaus.gennen@llr.de.

<sup>2</sup> Zu Erfolgsfaktoren hybrider Vorgehensmodelle vgl. [AE16] mit ausführlicher Literaturangabe zu Besprechungen hybrider Methoden.

zudem eine Mangelhaftung ohne gesonderte Vergütung erwartet, ist es natürlicher Wunsch des Anbieters, eine Vergütung unabhängig vom Erfolg für die gesamte tatsächlich geleistete Arbeit zu erhalten und vorbehaltlich eines Verschuldens keinen Ansprüchen ausgesetzt zu sein, ggf. sogar die Behebung von Problemen (Mängeln) gesondert bezahlt zu bekommen.

Zwar sind die Vor- und Nachteile von klassischen (z.B. Wasserfallmodell) und agilen (z.B. Scrum) PVM im Hinblick auf das konkrete Projekt umgehend ermittelt. Jedoch wird in der Praxis bisweilen keine dieser PVM konsequent verfolgt, sei es, weil man gezielt eine von vornherein eher hybride PVM wählt (z.B. Prince2 Agile), sei es, weil man bestimmte PVM absichtsvoll kombiniert (z.B. Abarbeiten von im Wasserfallmodell geplanter Software teilweise in Sprints, um die Flexibilität im Build-Prozess zu erhöhen), sei es, weil sich im laufenden Projekt durch tatsächliche Handhabung Abweichungen von der vereinbarten PVM einschleichen, wenn die Beteiligten bemerken, dass sie mehr Sicherheit oder mehr Flexibilität brauchen als die vereinbarte PVM es hergibt. Alle diese Fallgestaltungen können Auswirkungen auf Rechtsnatur und Inhalt des dem Projekt zugrunde liegenden Vertrags haben. Daher ist es für den Rechtsberater, der möglichst den wahren Lebenssachverhalt, wie er sich nach Vertragsschluss ereignen soll, im Vertrag niederzulegen hat, von extrem hoher Bedeutung, die tatsächlich eingesetzte PVM jedenfalls soweit zu kennen, dass er die rechtlichen Implikationen ableiten kann.

(Schriftliche) Verträge über Projekte werden einerseits gemacht, um die Projekte vernünftig steuern zu können, d.h. aus Sicht des Auftraggebers, Zeit, Qualität und Vergütung im Auge zu behalten. Auch beim Anbieter darf man unterstellen, dass dieser ein erfolgreiches Projektende für erstrebenswert hält, denn nicht enden wollende und nicht erfolgreiche Projekte machen die Personaldisposition für zeitlich folgende Projekte schwierig und schaden dem Ruf. Verträge sind aber vor allem dazu da, nicht den Fall des Gelingens des Projekts abzubilden und hierfür Vorsorge zu treffen, sondern den jedenfalls statistisch gesehen alles andere als unwahrscheinlichen Fall des Scheiterns. Spätestens bei Beantwortung der Frage, welche Ansprüche die Beteiligten gegeneinander haben, wenn das Projekt in Schieflage gerät oder endgültig scheitert, stehen sich die Interessen diametral gegenüber. Der Anwender hat bei einem vollständigen Scheitern in aller Regel kein Interesse daran, noch irgendetwas zu bezahlen, der Anbieter möchte jedenfalls die bis zum Zeitpunkt des Scheiterns erarbeitete Leistung vollständig vergütet sehen, damit das Projekt für ihn nicht defizitär ist. Vergleichbare Fragen stellen sich bei der Mangelhaftung, also für den Fall, dass zwar das Projekt gelingt, aber nach dem Projektende erhebliche Mängel auftauchen.

## **2 Rechtsprechung, Rechtsnatur des Vertrages, klassische PVM**

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (BGH) und, ihm folgend, der wesentlichen untergerichtlichen Rechtsprechung und weiter Teile der Literatur, sind Verträge über die Erstellung oder die umfassende Anpassung von Software „in der Regel“ Werkverträge<sup>3</sup>. Der BGH begründet dies in erster Linie damit, dass ein individuelles Werk mit erheblicher planerischer Arbeit erstellt und – jedenfalls aus Anwendersicht – ein Erfolg in Form einer funktionierenden Software geschuldet wird.

---

<sup>3</sup> Vgl. BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, CR 2010, 327 – Internet-System-Vertrag; BGH v. 25. 3. 2010 - VII ZR 224/08, NJW 2010, 2200.

Das gesetzliche Leitbild des Werkvertrags zeichnet sich dadurch aus, dass der Anwender (Besteller) dem Anbieter (Werkunternehmer) mitteilt, welches Werk mit welchen Eigenschaften er beauftragen will. Idealerweise beschreibt der Anwender bis in die Einzelheiten die funktionalen und nicht funktionalen Anforderungen (Absicherung der Qualität). Der Anbieter arbeitet dann diese Vorgaben im Rahmen eines vereinbarten Terminplans (Festschreibung der Fristen und Termine, deren Nichteinhaltung ggf. mit Vertragsstrafen/Pönalen sanktioniert ist) und gegen Zahlung eines Pauschalpreises ab (Preissicherheit; wobei der Pauschalpreis kein zwingendes Kennzeichen eines Werkvertrages ist, denn unter einem Werkvertrag kann durchaus auch eine Bezahlung nach Aufwand erfolgen, wengleich dies eher untypisch ist). Am Ende des Projekts wird das Werk auf Einhaltung der vereinbarten Vorgaben sowie, soweit Vorgaben fehlen, auf Erbringung einer Leistung mittlerer Art und Güte gemäß dem Stand der Technik geprüft (Abnahmeprüfung). Genügt das Werk diesen Anforderungen und liegen nur unwesentliche Mängel vor, wird das Werk abgenommen und der Vergütungsanspruch ist vorbehaltlich abweichender vertraglicher oder gesetzlicher (§ 632a BGB) Regelungen über Abschlagszahlungen fällig (§§ 631, 640, 641 Bürgerliches Gesetzbuch, „BGB“).

Dieses Leitbild des Werkvertrages passt naturgemäß nicht auf alle denkbaren Fallgestaltungen von Projekten, und die bekannt gewordenen Entscheidungen des BGH befassen sich auch nicht im Detail mit den zugrunde liegenden PVM.

Die Abweichung von dem Leitbild beginnt in der Praxis schon damit, dass der Anwender oft ohne Zuhilfenahme eines Dritten, insbesondere des Anbieters, nicht in der Lage ist, seine Anforderungen an die Software (verständlich) zu formulieren, und bereits diese Aufgabe dem Anbieter übertragen wird. Das gesetzliche Werkvertragsrecht hält auch keine Regelung dafür bereit, dass bei einem umfangreichen Planen zu Projektbeginn i.d.R. in der Erstellungsphase viele Change Requests („CR“) anfallen, um das Projekt nach der Planungsphase an sich ggf. ändernde Anforderungen anzupassen. Dazu braucht es Vereinbarungen im Werkvertrag über CR, deren Zustandekommen und deren Durchführung, die im Werkvertragsrecht standardmäßig nicht vorgesehen sind. Was aber jedenfalls gut zu diesem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages passt, ist eine klassische PVM wie das Wasserfallmodell. Denn die dem Werkvertragsrecht zugrunde liegende Rollen- und Interessenverteilung findet sich in klassischen PVM bestens wieder.

Wenn man die Auffassung des BGH konsequent weiter verfolgt, kann es Fallgestaltungen bei Softwareerstellungsprojekten geben, die nicht unter das Werkvertragsrecht fallen, sondern unter Kaufrecht: Man nehme ein bewusst zweiphasig geteiltes und auf zwei Verträge verteiltes Projekt an, das mit einer ausführlichen, dann aber abgeschlossenen Planungsphase beginnt, die unter einem ersten Vertrag gefasst wird, und an die sich eine Erstellungsphase unter einem zweiten Vertrag anschließt, in der nichts mehr oder nur sehr wenig zu planen ist. Wenn ausschlaggebend für die Einordnung als Werkvertrag das Ausmaß individueller planerischer Leistung und die Individualität der geistigen Leistung ist, dann würde diese zweite Phase der „reinen“ Erstellung auf Basis der in der ersten Phase erstellten Dokumente möglicherweise nicht werkvertraglich, sondern über § 651 BGB ggf. kaufrechtlich unterfallen, weil der Planungsanteil unter dem zweiten Vertrag entfällt oder zumindest sehr gering ist. Folge der Anwendung von Kaufrecht ist u.a., dass es am Ende der Erstellung keine werkvertragliche Abnahme gibt, sondern eine kaufrechtliche Ablieferung, also gleichsam eine bloße Übergabe des Arbeitsergebnisses (gefolgt von einer internen Prüfung beim gewerblichen Anwender, § 377 HGB). Aber auch

dies unterstellt eine ideale Welt, hier in der Form, dass nach Abschluss der Planungsphase keine weitere Planung mehr notwendig ist. Dies geht jedoch an der Realität vorbei, weil sich bei solchen Projekten der Nachplanungsaufwand auch in der Erstellungsphase (Stichwort: CR) als sehr erheblich darstellen kann.

### **3 Agile PVM und Rechtsnatur des Vertrages**

#### **3.1 Grundtypus am Beispiel Scrum**

Agile PVM leben demgegenüber ganz wesentlich davon, dass eine detaillierte Leistungsbeschreibung zu Projektbeginn zur Festschreibung der Qualität gerade nicht besteht, sondern die Leistungsbeschreibung jenseits eines eventuellen initialen Kerns sukzessive im Projekt entwickelt wird, aber auch noch laufend geändert werden kann, bei Scrum z.B. zu Beginn eines jeden neuen Sprints oder gar mitten im Sprint selbst. Damit steht im Grunde erst am Ende des letzten Sprints fest, was der geschuldete Leistungsumfang war. Dabei steht jedoch oft gar nicht fest, welcher Sprint in diesem Sinne der letzte ist, weil in der Praxis die Erstellungsphase gleitend in die Supportphase bzw. in die Weiterentwicklung übergeht. Zwar werden bei agilen Methoden die Länge und die Anzahl der Sprints geschätzt, aber eine Festschreibung im Sinne einer Vereinbarung eines verbindlichen Sprint- und Terminplans erfolgt in aller Regel gerade nicht und widerspricht auch der nach dieser Methode geforderten Flexibilität.

Es entsteht jedoch zum Ausgleich für diese Unsicherheit bei der Leistungsbeschreibung – jedenfalls nach der reinen Lehre – am Ende eines jeden Sprints, also schon nach dem ersten Sprint, ein praktisch nutzbares Inkrement, das der Anwender anfassen und benutzen kann. In der Praxis sind jedoch oft die Arbeitsergebnisse der ersten Sprints nicht lauffähig und damit nicht für sich nutzbar.

Da die meisten agilen Projekte nach Aufwand vergütet werden, steht auch ein Preis für das Projekt erst bei dessen Ende fest.

Diese hier nur kurz skizzierte Art und Weise des Vorgehens passt zu den rechtlichen Vorgaben des Dienstvertrags (§§ 611 ff BGB). Unter einen Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete keinen Erfolg, von dem seine Vergütung abhängt, sondern lediglich ein Tätigwerden. Ein eigenes Leistungsstörungsrecht, insbesondere eine Regelung für die Mangelhaftung, kennt das Dienstvertragsrecht nicht, anders als das Werkvertragsrecht und das Kaufrecht. Vielmehr ist auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht (§§ 280 ff BGB) zurückzugreifen, das beispielsweise einen gesetzlichen Nachbesserungsanspruch nicht kennt, mit dem man den Anbieter auffordern kann, die Mängel zu beseitigen, sondern nur Schadensersatzansprüche bei Fortbestehen der Mängel. Kalkulatorisch muss man bei der Preisbildung also auch kaum eine Mangelhaftung einplanen, weil der Dienstvertrag so etwas nicht kennt.

Vergütet wird die Dienstleistung schlicht nach Aufwand, pauschal nach Zeitabschnitten oder pauschal für das gesamte Projekt, jedenfalls aber unabhängig von einem eintretenden Erfolg, weil ein solcher nicht geschuldet ist.

Der Vertragstypus des Dienstvertrages kommt naturgemäß der Anbieterseite stark entgegen.

### 3.2 Widerspruch zwischen agilen PVM und Rechtsnatur des Werkvertrages

Versuche (naturgemäß: der Anwenderseite), ein unter einer agilen PVM durchzuführendes Projekt ohne intensive vertragliche Anpassung üblicher Regelungen unter einen Werkvertrag zu zwingen, scheitern daher in der Regel. Erstellt also der externe Berater beispielsweise ohne Rücksicht auf die Anwendung einer agilen PVM einen typischen Werkvertrag, weil für ihn Softwareerstellung und Werkvertrag wegen der BGH-Rechtsprechung ein unlösbar verbundenes Begriffspaar sind, wird dieser Werkvertrag für die Vertragspartner nicht nutzbringend sein, weil Vertragsgestaltung und tatsächlicher Handhabung auseinanderfallen, wie nachfolgend beispielhaft beschrieben wird:

- Wenn die Auftraggeberseite versucht, einen Erfolgsbezug zu behaupten, wird das nicht funktionieren, weil unter einer agilen PVM ein Gesamterfolg gerade nicht vereinbart ist, sondern allenfalls jeweils das, was im einzelnen Sprint bewirkt werden soll, am Ende eines Sprints vorzuliegen hat (Definition of Done) – und auch dies ist vielfach noch im Sprint selbst variabel. Eine Betrachtung am Projektende (im Werkvertrag: Schlussabnahme) daraufhin, ob das, was bei Vertragsschluss ursprünglich versprochen (ggf. durch CR verändert) wurde, auch insgesamt erstellt wurde, einschließlich eines gesamthaften Tests aller vereinbarten oder sich sonst ergebenden Anforderungen, ist bei agilen Methoden nicht vorgesehen, jedenfalls nicht als abschließende Prüfung, u.a., weil es dieses ursprüngliche Leistungsversprechen nicht gibt und ferner unterstellt wird, dass bei den Überprüfungen am Ende eines jeden einzelnen Sprints Probleme entdeckt und sukzessive beseitigt werden, so dass kein Raum für eine solche gesamthafte Betrachtung am Projektende ist.
- Eine detaillierte und strukturierte Leistungsbeschreibung, gegen die man ein Arbeitsergebnis testen kann, ist bei agilen PVM nicht vorhanden. Gut organisierten und (auf Ebene der Themen, Epics und Sprints) dokumentierten Projekten tut man hier teilweise Unrecht; Tatsache ist aber, dass es keine zusammenfassende Leistungsbeschreibung gibt.
- Selbst wenn man das am Ende eines jeden Sprints jeweils entstehende Inkrement als Gegenstand einer jeweils eigenständigen Abnahme nach § 640 BGB ansähe, dürften schon aus Zeitgründen Inhalt und Umfang der typischerweise am Ende eines Sprints stehenden Akzeptanztests nicht ausreichen, um das Inkrement auf Herz und Nieren zu prüfen, wie das bei einer regelrechten Abnahme erfolgen würde bzw. jedenfalls sollte. Allenfalls eine Art „Freigabe“ ist dem Anwender hier möglich, damit der nächste Sprint sich nicht verzögert. Nach der Vorstellung des Anbieters muss selbstverständlich auch für den Fall, dass das Ergebnis des Sprints nicht genügend (d.h. nicht vertragsgemäß) ist, die Aufarbeitung der Probleme in einem der folgenden Sprints wegen der Anwendung des Dienstvertragsrechts wieder komplett bezahlt werden. Es mag sich daher empfehlen, im Sprintplan zwei oder drei Leersprints vorzusehen, die der Aufarbeitung solcher Probleme am Ende des Projekts dienen. Wie viele zusätzliche Sprints man jedoch tatsächlich zur Aufarbeitung etwaiger Schwierigkeiten braucht und welche (ggf. zusätzlichen) Kosten dies für den

Anwender bedeutet oder ob der Anbieter diese zusätzlichen Sprints bzw. den dabei entstehenden Aufwand für den Anwender kostenfrei übernimmt, bleibt aber vollkommen offen.

- Außerdem ergeben sich schon ab dem zweiten Sprint Schwierigkeiten, weil Teil des zu prüfenden Inkrements auch das bereits im ersten bzw. jeweils vorhergehenden Sprint erstellte Teil des Inkrements ist. Insoweit würden Teile der Software doppelt bzw. mehrfach getestet, worauf sich der Anbieter jedenfalls dann nicht einlassen wird, wenn Konsequenzen zu seinen Lasten gezogen werden sollen bei späteren Tests, in denen früher gemachte Mängel entdeckt werden. Umgekehrt ist es für den Anwender kaum möglich, von Inkrement zu Inkrement jeweils nur den jeweiligen „Zuwachs“ zu testen, zumal er die bei der Softwareerstellung nicht fernliegende Befürchtung hat, durch das Bearbeiten des Inkrements in jedem Sprint könnten neue Mängel auch in bereits erstellte Teile implementiert werden. Die Folgen liegen, wenn man jeden Sprint als Abnahme in Bezug auf das jeweils neu Geschaffene ansieht, klar auf der Hand: Wenn in einen der letzten Sprints ein Mangel auftaucht, der nach der Analyse aus einem viel früheren Sprint stammt, ist in Bezug auf diesen Mangel nicht mehr der Erfüllungsanspruch vor der Abnahme gegeben, sondern nur noch der Mangelhaftungsanspruch nach der Abnahme. Sollte es bei Scrum nach dem beispielsweise siebten Sprint wegen erheblicher Mängel zum Rücktritt kommen, wird sich der Anwender fragen müssen, worauf sich sein Rücktritt bezieht: Kann er von dem gesamten Vertrag zurücktreten (im Zweifel nicht), oder nur von dem letzten, mangelbehafteten Sprint? Letzteres hätte zur Folge, dass er das Ergebnis der bis dahin erfolgten Tätigkeit behalten muss.

### 3.3 Vermittlungsversuche

Man kann sich abstrakt eine Reihe von Möglichkeiten vorstellen, die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten bei Anwendung einer agilen PVM übereinzubringen<sup>4</sup>.

Die meisten dieser Versuche stellen auf eine im Verhältnis zur reinen agilen PVM und damit dem reinen Dienstvertrag erhöhte, durchaus engmaschige, schon bald nach Projektbeginn einsetzende Kontrolle von Qualität, Geld und Zeit im Projekt ab, setzen also darauf, etwaige Störungen in diesen Bereichen früh zu erkennen, um das Projekt steuern oder notfalls (gemäß den hierzu getroffenen Vereinbarungen) abbrechen zu können. Beispiele sind hier

- die (möglichst umfassende) Definition der Anforderungen in einem zu Projektbeginn gespeisten Product Backlog,
- die Vereinbarung sog. Checkpoints zum Abgleich von geschätztem und tatsächlichem Aufwand,
- die Vereinbarung eines sog. „agilen Festpreises“ nach mehreren initialen Sprints unter Anwendung sog. Storypoints und, für den Austausch von Funktionalitäten bzw. Anforderungen, des Exchange-for-Free-Prinzips für Änderungen und unter Verteilung des Risikos von Zusatzanforderungen („Risk Share“), wobei man den

---

<sup>4</sup> Vergleiche [Fr11], [Fu12], [He12], [Op14], [St10].

Austausch von Anforderungen abgewandelt auch in CR-Verfahren unter einem Werkvertrag bei klassischer PVM kennt: Wenn es auf die Schlussabnahme zugeht und der Terminplan eng wird, wird oft Timeboxing betrieben, sodass bestimmte Elemente bzw. Funktionalitäten im Nachhinein höher priorisierte Elementen bzw. Funktionalitäten zum Opfer fallen,

- die Erteilung von „Freigaben“ unter prophylaktischer Vereinbarung von Leersprints (s.o.),
- ein engmaschiges Projektmanagement und die Vereinbarung von Exit-Szenarien (vgl. § 649 BGB für das Werkvertragsrecht, der ohnehin oft abbedungen wird).

Alle diese Versuche sind im gesetzlichen Dienstvertragsrecht nicht angelegt, finden also keine Anwendung, wenn man sie nicht konkret vereinbart. Dem Rechtsberater mit wenig Erfahrung im IT-Bereich sind sie eher unbekannt.

Vorausgesetzt wird bei diesen ganzen Versuchen jeweils, dass man sich im Grundsatz unter Dienstvertragsrecht befindet, was beispielsweise zur Folge hat, dass mit einem eventuellen Abbruch des Projekts die bis dahin ausgetauschten Leistungen bei dem jeweiligen Vertragspartner verbleiben, weil der Dienstvertrag nur mit Wirkung für die Zukunft, aber nicht durch Rücktritt beendet werden kann. Der Anwender muss also stets das bezahlen, was bisher geschehen ist, der Anbieter dem Anwender das überlassen, was er bis dahin geschaffen hat. Dieser Ausgleich, der *prima vista* einleuchtend ist, ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Annahme stets zutreffend ist, dass unter agilen Methoden am Ende eines jeweiligen Zeitabschnitts immer ein vom Anwender verwertbares Arbeitsergebnis steht, sodass der Anwender, der nach dem Erhalt eines solchen verwertbaren Arbeitsergebnisses das Projekt für die Zukunft abbricht, immer etwas in der Hand hält, das er entweder in dieser Form bereits gebrauchen oder jedenfalls einem anderen Anbieter übergeben kann, damit dieser das Projekt fertig stellt. Selbstredend scheitert ein solcher Ansatz schon dann, wenn es das Arbeitsergebnis gerade nicht verwertbar, sondern extrem mangelbehaftet ist, oder es um Arbeiten an proprietärer Software eines bestimmten Herstellers geht, die nur dieser bearbeiten darf und kann, sodass es keinen Dritten gibt, der ein etwa gescheitertes Scrum-Projekt sinnvoll fortführen kann.

Es wird auch vertreten, dass man für einen unter einer agilen PVM durchgeführtes Projekt einen Rahmendienstvertrag vereinbaren kann, unter dem dann die einzelnen Sprints als Mini-Werkverträge in einzelnen Leistungsscheinen behandelt werden. Das mag sich dogmatisch freundlich anhören, in der Praxis aber bringt es aus Anwendersicht wenig, denn bei dieser Konstruktion kann naturgemäß der Anwender vorbehaltlich etwaiger Sondervereinbarungen nur von dem jeweils letzten, gescheiterten Sprint zurücktreten und muss ebenfalls das behalten, was er unter dem letzten, zuvor noch erfüllten Mini-Werkvertrag noch abgenommen hat.

Soweit ersichtlich, gibt es in jüngerer Zeit keinen ernsthaften Versuch, unter agilen PVM aus Anwendersicht die Geltung von Werkvertragsrecht zu etablieren. Individualvertraglich, also zwischen den Vertragspartnern frei ausgehandelt, mag dies zwar möglich sein, AGB-rechtlich dürfte dies aber schwierig werden, gerade, weil agile PVM sehr vernehmlich nach der Anwendung von Dienstvertragsrecht rufen, also mangels eines eigenständigen Vertrages voraussichtlich Dienstvertragsrecht Anwendung finden würde. Würde man dann (aus Anwendersicht) Werkvertragsrecht vertraglich vorschreiben, könnten Teile der

Bedingungen, insbesondere diejenigen, die zu einer für den Anwender günstigen Risikoverteilung führen, nach § 307 Abs. 2 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung (hier: des Anbieters) unwirksam sein. § 307 BGB lautet auszugsweise:

*„§ 307 Inhaltskontrolle*

*(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. ...*

*(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung*

*1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder*

*2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*

*(3) ...“*

An dieser Inhaltskontrollnorm muss sich jeder AGB–rechtlich angelegte, also für mehrere Verträge gedachte Versuch messen, der unternommen wird, um eine bestimmte vertragliche Gestaltung ohne Rücksicht auf die von Gesetzes wegen anliegende Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertrages über zu stützen. Beispiele für AGB sind einerseits die Erstellung dienstvertraglicher Anbieter–AGB für einen Softwarehersteller, der sich eine bestimmte Erststellungs– und Einführungsmethode ausgedacht hat, die er seinen potentiellen Kunden über seine AGB oktroyieren will, andererseits stark werkvertraglich angelegte „Software-Einkaufs-AGB“ für Anwender, die regelmäßig Computerprogramme beschaffen bzw. erstellen lassen.

## **4 Hybride Methoden**

Die vorstehend aufgezeigten Schwierigkeiten der rechtlichen Einordnung dürften sich noch verstärken, wenn klassische und agile PVM in hybriden PVM vermischt werden. Bei einer solchen Vermischung gibt es keine feste Ordnung dahingehend, welche Elemente aus welcher PVM übernommen und, ggf. je Projekt unterschiedlich, zu einer eigenen PVM zusammengefügt werden und welche nicht.

### **4.1 Schwierigkeiten bei der vertraglichen Einordnung**

Für den in Projektmanagementmethoden nicht geschulten Rechtsberater mag es noch nachvollziehbar sein, die Regelungen des Softwareerstellungsvertrages entweder dem Werkvertragsrecht (klassische PVM) oder dem Dienstvertragsrecht mit Absicherungen (agile PVM) nachzubilden. Werden aber PVM vermischt, so ist die rechtliche Einordnung des darauf basierenden Softwareerstellungsvertrages von vornherein unklar, insbesondere unter dem o. a. Blickwinkel des AGB–Rechts, durchaus auch für den versierten Rechtsberater. Wenn aufgrund der hybriden, nur für das konkrete Projekt individuell herausgebildeten PVM für den Rechtsberater unklar ist, ob der Vertrag werkvertraglichen oder dienstvertraglichen Regelungen zu folgen hat oder gar ein gemischter Vertrag ist, in welcher Spielart auch immer, besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Formulierung jedenfalls von AGB.



Daher erscheint es wichtig, in einem solchen Fall die juristisch neuralgischen Punkte individuell zu vereinbaren, also aus Anwendersicht für den Werkvertrag insbesondere die Gesichtspunkte Erfolgshaftung, Abnahme, Mangelhaftungsansprüche (Nachbesserung bzw. Neuherstellung, Ersatzvornahme, Minderung, Rücktritt, Schadensersatz) und aus Anbietersicht für den Dienstvertrag insbesondere das Schulden einer Tätigkeit ohne gesetzliche Mangelhaftungsansprüche.

So ist beispielsweise denkbar, in einem komplexen und großen Projekt, das aus mehreren Teilprojekten besteht, einige Teilprojekte unter jeweils einzelnen Leistungsscheinen oder Einzelverträgen nach klassischen PVM, andere nach agilen PVM durchzuführen. In einer solchen Fallgestaltung verschärfen sich die Anforderungen an die Vertragsgestaltung auch dadurch, dass – jedenfalls üblicherweise – die einzelnen Arbeitsergebnisse aus den Teilprojekten zum Projektende ineinandergreifen müssen und dann unterschiedliche rechtliche Regelungen für die Überprüfung der in den einzelnen Teilprojekten erzielten Arbeitsergebnisse Anwendung finden. Ein Anwendungsfall für divergierende Rechtsfolgen innerhalb eines Projektes ist der Rücktritt vor dem GoLive: Wenn einige Teilprojekte werkvertraglich geregelt sind, wäre insoweit ein Rücktritt möglich. Soweit Teilprojekte dienstvertraglich geregelt sind, ist ein Rücktritt nicht möglich, sondern eine Beendigung nur für die Zukunft möglich; etwaige sonstige wirtschaftliche Nachteile sind über einen eventuellen Schadensersatzanspruch zu fassen.

Eine andere Fallgestaltung ist die bereits eingangs geschilderte, nämlich die Vereinbarung agiler Anteile in Build-Prozessen in einem Projekt im Grunde klassischen Zuschnitts. Hier käme man auch nicht weit mit einer Regelung, die von einem Werkvertrag ausgeht, aber bei der Beantwortung der Frage kapitulieren muss, wie denn in Bezug auf die agilen Anteile die Abnahme genau aussehen soll. Denn ausführliche Verträge sehen naturgemäß nicht nur vor, dass es überhaupt eine Abnahme geben soll, sondern auch, wie diese im Detail erfolgt, wie viele Iterationsschleifen es gibt, und die Vereinbarung weiterer Einzelheiten.

## 4.2 Aufklärung des Sachverhalts, Ableiten rechtlicher Folgen

Daher ist es aus Sicht der Projektbeteiligten extrem wichtig, dem internen bzw. externen Rechtsberater die Einzelheiten der gewählten PVM und das Zusammenwirken der dabei anwendbaren Instrumente und der anfallenden Arbeitsergebnisse (Gremien, Rollen, Abläufe, Artefakte) im Detail zu erläutern. Ohne eine solche Erläuterung dürfte es nicht möglich sein, einen Vertrag zu erstellen, der dem Auftraggeber (Arbeitgeber/Mandant) nutzt, gleich auf welcher Seite man steht. Emotional schwierig ist naturgemäß für die Beteiligten, dass der externe Rechtsberater schon für das bloße Studium solcher Unterlagen bezahlt werden muss, also dafür, sich fachlich halbwegs auf den Stand zu bringen, den die fachlich am Projekt Beteiligten ohnehin bereits haben.

Dementsprechend ist der Rechtsberater, soweit es um die PVM und die Projektorganisation geht, aufzuklären mindestens über folgende Gesichtspunkte und unter Vorlage folgender Informationen bzw. Unterlagen, je nach Perspektive der von ihm vertretenen Partei (Anbieter/Anwender):

1. Beschreibung der zum Einsatz vorgesehenen PVM einschließlich der gesamten sonstigen Projektorganisation (Gremien, Rollen/Zuständigkeiten, Projektsitzungen,

Protokollierung derselben usw.) in Fließtext und in einer Weise und mit einer Sprache, die der Rechtsberater – und im Streitfall auch ein Richter – versteht (idealerweise wird daraus später ein Anhang „Projektvorgehensmethode/Projektorganisation“ zum Vertrag); dabei sollten insbesondere Begriffe, die für das Verständnis des Dokuments und der PVM eine Rolle spielen, vernünftig definiert sein, damit der Rechtsberater diese Begriffe gegebenenfalls auch in den Vertrag übernehmen kann,

2. Beschreibung dazu, wie, in welchem Zeitrahmen nach Vertragsschluss und mit welchem Detaillierungsgrad die Beteiligten zu einer jedenfalls rudimentären Leistungsbeschreibung (z.B. ein Grundbestand von Themen, Epics und User Storys für den Product Backlog) gelangen wollen und wie sich diese Leistungsbeschreibung gegebenenfalls im Projekt weiterentwickelt,
3. Beschreibung der im Projekt verwendeten Dokumentationswerkzeuge und sonstigen Werkzeuge für die Abwicklung der täglichen Arbeit (zum Beispiel Issue Tracker),
4. Beschreibung der Liefergegenstände bzw. Artefakte (z.B. Konzepte, Dokumentation, Inkrement),
5. Beschreibung realistischer Möglichkeiten, zu einer Eingrenzung des Preises zu kommen („agiler Festpreis“, Budgetvorgaben einschließlich der Folgen der Überschreitung, „Risk Share“-Voraussetzungen),
6. Beschreibung der Übergabepunkte zwischen traditionellen Projektmethoden und agilen Projektmethoden,
7. Beschreibung der Einzelheiten zur Überprüfung einer Leistung bzw. eines Artefakts auf Einhaltung der vereinbarten Anforderungen, sofern eine Prüfung vorgesehen ist,
8. Beschreibung der Zeitpunkte und/oder Ereignisse, zu denen die betroffene Partei aus dem Projekt würde aussteigen wollen (und tatsächlich noch können), einschließlich der dabei herrschenden oder notwendigen Bedingungen, einschließlich der Rechtseinräumung,
9. Beschreibung des Änderungsmanagements (CR), sofern nicht Teil der PVM,
10. Zeitplan/Roadmap und Mitwirkungsplan,
11. Beschreibung der gewünschten (Anwender) bzw. leistbaren (Anbieter) Mängelhaftungsrechte einschließlich der in diesem Zusammenhang etwa interessierenden wirtschaftlichen Bedingungen, auch unter Einschluss eines etwa auf das eigentliche Projekt folgenden Pflege- oder Supportvertrages und des dort gewünschten (Anwender) bzw. leistbaren (Anbieter) Leistungsumfangs.

Natürgemäß spielend noch verschiedene andere Gesichtspunkte bei der Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrages eine Rolle, jeder steht die PVM und die aus der PVM resultierende Verteilung der Risiken hier im Vordergrund.

Oft ist es schwierig, diese Informationen dem Arbeitgeber, der designierten Gegenpartei bzw. dem Mandanten schon vor Vertragsschluss abzuverlangen. Denn oft wollen die Beteiligten erst unter dem Vertrag, also während des laufenden Projekts bzw. als erste Phase

eines solchen Projekts, entwickeln, auf welche Art und Weise und unter welcher PVM sie im Projekt zusammenarbeiten wollen. Lässt sich diese Zusammenarbeit nicht schon vor oder zum Vertragsschluss weiter konkretisieren, so wird der Vertrag denknötwendig Lücken enthalten. Er wird dann insbesondere Ausstiegsszenarien vorsehen müssen für den Fall, dass nicht innerhalb sehr überschaubarer Zeit nach seinem Zustandekommen die Dokumente entstehen und verabschiedet werden, die die PVM enthalten und die anderen zur Gestaltung des Projekts notwendigen Dinge. Möglicherweise muss sich der Beteiligte, der ein Interesse daran hat, nicht ohne solche Unterlagen bzw. darauf beruhender Vereinbarungen in das eigentliche Projekt hinein zu gehen, vorbehalten, von dem Vertrag zurückzutreten. Alternativ dazu kann der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, je nach Fallgestaltung.

Stehen die Informationen fest, so muss der Rechtsberater aus dem Lebenssachverhalt ableiten, welche rechtliche Struktur der Vertrag erhalten soll bzw., unter dem Blickwinkel des AGB-Rechts, erhalten muss, wenn er insgesamt wirksam sein soll. Je nach verwendeter PVM kommt ein Werkvertrag mit dienstvertraglichen Elementen, ein Dienstvertrag mit werkvertraglichen Elementen oder ein gemischter Vertrag in Betracht, d.h. ein Vertrag, der als eine unzerstörbare Einheit aufzufassen ist, aber andererseits Elemente verschiedener Vertragstypen enthält, vgl. auch gemischt-typischer Vertrag.

Der Rechtsberater muss sodann den Entwurf mit seinem Auftraggeber abgleichen und diese Beteiligten müssen feststellen, ob die Interessen des Auftraggebers hinreichend berücksichtigt sind und die Lösungen, die der Rechtsberater für bestimmte Situationen gefunden hat, beispielsweise ein Rücktritt oder eine Kündigung aus wichtigem Grund, in der Situation überhaupt das passende Mittel darstellen. So wird wahrscheinlich die Möglichkeit, sich auch noch nach einem GoLive ein Rücktrittsrecht auszubedingen, je nach Situation zwar rechtlich möglich, praktisch aber vollkommen wertlos sein, weil der Anwender nach Übergabe von Daten in ein neues System und Nutzung des neuen Systems schlechterdings realistisch nicht mehr zurücktreten kann. Dementsprechend muss der Rechtsberater im ständigen Kontakt mit seinem Auftraggeber die passende Lösung entwickeln.

Und es ist keineswegs gesichert, dass die von dem Rechtsberater gewählte Konstruktion vor Gericht auch vollständig Bestand hat. Dabei haben typischerweise echte Individualvereinbarungen, also komplett ausgehandelte Verträge, eine größere Chance, wirksame Abweichungen von dem ohne Vertrag anwendbaren gesetzlichen Leitbild zu enthalten als AGB, die einer verstärkten Inhaltskontrolle unterliegen.

## 5 Fazit

Softwareerstellungs- bzw. Projektvertrag und verwendete PVM, gleich ob klassisch, agil oder hybrid, müssen auf einander abgestimmt sein. Dabei folgt i.d.R. der Vertrag der PVM und nicht umgekehrt. Welche Rechtsnatur der Vertrag anhand welcher PVM erhalten wird bzw. muss, ist stets eine Frage des Einzelfalls. Gerade bei hybriden PVM ist die Gefahr groß, dass der Vertrag, jedenfalls teilweise, mehr als einen der typisierten Verträge des BGB unterfällt. Daher muss der Rechtsberater, gleich ob intern oder extern, vor Vertragsschluss alle Details des Sachverhalts kennen, die Einfluss auf die Rechtsnatur haben können (siehe oben Ziffer 4.2).

## Literaturverzeichnis

- [AE16] Aldushyna, A.; Engstler, M.: Erfolgsfaktoren bei der Umsetzung hybrider Projekte, 40. WI-MAW-Rundbrief, März 2016, S. 3-14.
- [Fr11] Frank, C.: Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren – Ein Vorschlag zur rechtlichen Absichtung zwischen Planung und Realisierung, CR 2011, S. 138-144.
- [Fu12] Fuchs, A.; Meierhöfer, C.; Bartenbach, J.; Pahlow, L.: Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? Unterschiede zu den „klassischen“ Softwareentwicklungsprojekten, MMR 2012, S. 427-433.
- [He12] Hengstler, A.: Gestaltung der Leistungs- und Vertragsbeziehung bei Scrum-Projekten, ITRB 2012, S. 113-116.
- [Op14] Opelt, A.; Gloger, B.; Pfarls, W.; Mittermayr, R.: Der agile Festpreis, 2. Aufl. Wien 2014.
- [St10] Stiernerling, O.: Das IT-Projekt im Konflikt mit dem vertraglich definierten Regelwerk, ITRB 2010, S. 289-291.