

IT-Ticker 02/2018

Der IT-Ticker 02/2018 informiert Sie über folgende Themen:

- Webtracking ab 25. Mai 2018 nur noch mit Einwilligung erlaubt?
 - US-Kongress verabschiedet CLOUD Act
 - Virtual Reality – Konkurrenz oder Chance für Live-Veranstalter?
 - Mitteilung der Europäischen Kommission zum Datentransfer in Großbritannien nach dem Brexit
 - Neues Verfahren zum Schutz von Betreibern von Webseiten, Apps und Online-Portalen vor Urheberrechtsklagen in den USA
 - Der Unternehmenskauf im digitalen Zeitalter – das SPA als „Smart Contract“ in der Blockchain?
 - Die neue Geoblocking-Verordnung – Abbau von Barrieren im grenzüberschreitenden Online-Handel
 - Mobilitätskonzepte der Zukunft – ohne Kooperationen nicht denkbar
 - Werblocker zulässig – jedenfalls wettbewerbsrechtlich
 - Arbeiten 4.0 – agile Prozess- und Organisationsmethoden wie Scrum und ihre richtige Ausgestaltung
-

Webtracking ab 25. Mai 2018 nur noch mit Einwilligung erlaubt?

Kurz vor der unmittelbaren Geltung der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) überrascht die Datenschutzkonferenz (= Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder) mit einer [Positionsbestimmung zur Anwendbarkeit des Telemediengesetzes ab dem 25. Mai 2018](#).

Gemäß der darin geäußerten Auffassung der Datenschutzkonferenz findet der 4. Abschnitt des TMG unter der DS-GVO keine Anwendung mehr. Die Vorschriften in diesem Abschnitt basieren zum großen Teil auf der Datenschutzrichtlinie, welche durch die DS-GVO aufgehoben wird. Damit kann eine Datenverarbeitung ab dem 25. Mai 2018 nicht mehr auf die §§ 12, 13, 15 TMG gestützt werden. Für die Reichweitenmessung und den Einsatz von Tracking-Tools müssen somit Rechtmäßigkeitsgründe direkt in der DS-GVO gefunden werden. Dies ist auch das Ergebnis der Überlegungen der Datenschutzkonferenz in der Positionsbestimmung, welches allgemein mitgetragen wird.

Die Schlussfolgerung in Ziffer 9 der Positionsbestimmung der Datenschutzkonferenz, dass ab 25. Mai 2018 das Setzen oder Auslesen von Cookies (Webtracking) nur noch mit einer informierten Einwilligung der betroffenen Person möglich sei, wird jedoch heftig kritisiert (z.B. [Gemeinsame Pressemeldung des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft](#)). Zur Begründung dieser Schlussfolgerung bezieht sich die Datenschutzkonferenz allerdings auf Artikel 5 Abs. 3 der ePrivacy-

Richtlinie, welche schon heute ein Opt-in fordern würde. Aufgrund von Verweisen in dieser Richtlinie findet ab 25. Mai 2018 die DS-GVO Anwendung, so dass die Anforderungen der DS-GVO bei der Einwilligung beachtet werden müssten.

Insofern findet sich in der Positionsbestimmung selbst bereits ein Widerspruch. In Ziffer 7 der Positionsbestimmung wird ausgeführt, dass „Verarbeitungen, die unbedingt erforderlich sind, damit der Anbieter den von den betroffenen Personen angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann, [...] ggf. auf Art. 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Buchstabe f) DSGVO gestützt werden“ können. Ist das Setzen und Auslesen von Cookies somit erforderlich, um eine vertragliche Leistung zu erbringen, kann dies auf das bestehende Vertragsverhältnis gestützt werden. Hierunter können insbesondere Cookies verstanden werden, die im Rahmen einer Session des Nutzers gesetzt und ausgelesen werden, etwa um eine sinnvolle Warenkorbfunktion in einem Online-Shop anbieten zu können.

Ferner wird in Ziffer 8 der Positionsbestimmung darauf verwiesen, dass „ob und inwieweit weitere Verarbeitungstätigkeiten rechtmäßig sind, [...] durch eine Interessenabwägung im Einzelfall auf Grundlage des Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f) DS-GVO geprüft werden“ muss. Im Ergebnis kann das Tracking oder die Reichweitenmessung damit auch auf ein Abwägungsergebnis gestützt werden. Es ist keinesfalls klar ersichtlich, dass grundsätzlich die Interessen der betroffenen Person überwiegen. Nach Erwägungsgrund 47 DS-GVO kann die Direktwerbung als eine „einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden“. Zudem erfolgt das Webtracking / die Reichweitenmessung in der Regel auf pseudonymer oder anonymer Basis, so dass insoweit in der Regel nicht zwingend ein überwiegendes, schutzbedürftiges Interesse der betroffenen Person angenommen werden kann.

Schließlich darf nach Erwägungsgrund 47 DS-GVO der Internetseitenanbieter bei der von ihm vorzunehmenden Interessenabwägung die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen ebenfalls berücksichtigen. Im Zeitalter des Internets weiß jeder Nutzer, dass in der Regel Messverfahren zur Webanalyse bei Internetseiten zum Einsatz kommen. Das darf und kann der Seitenbetreiber daher berücksichtigen. Anhaltspunkte dafür, dass hier das Interesse der Betroffenen am Unterbleiben eines Trackings überwiegen, sind somit nicht zwingend gegeben.

Insofern erscheint die deutliche Schlussfolgerung der Datenschutzkonferenz – Bedarf einer Einwilligung – etwas übereilt. Unternehmen müssen diese Positionierung jedoch kennen und bei dem Einsatz von Cookies berücksichtigen.

Praxistipp: Die Positionsbestimmung der Datenschutzkonferenz sorgt für Wirbel und Webseitenbetreiber müssen sich entsprechend positionieren. Die Stellungnahme der Datenschutzkonferenz ist nicht unwidersprochen geblieben. Solange der EuGH nicht eindeutig entschieden hat, bleiben alle Interpretationsmöglichkeiten offen. Die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich ist eng zu beobachten.

Sofern Unternehmen ganz sicher gehen möchten, muss für alle nicht streng notwendigen Tracking- und Targeting-Maßnahmen und auch Cookies ein Opt-in vorgesehen werden. Das entsprechende Cookie-Banner sollte dann eine echte Wahlmöglichkeit zulassen. Dies bedeutet, dass Cookies erst gesetzt werden dürften, wenn der Webseitennutzer explizit „Ja“ geklickt hat.

Unbedingt erforderlich erscheint dies jedoch nicht. Tracking- und Targeting-Maßnahmen können auch auf das berechtigte Interesse des Unternehmens gestützt werden. Die Interessenabwägung sollte umfassend dokumentiert und der Nutzer der Webseite muss über den Einsatz von Tracking- und

Targeting-Maßnahmen in den Datenschutzhinweisen informiert werden. Eine Einwilligung muss insofern nur eingeholt werden, sofern der Einsatz nicht auf das berechnete Interesse gestützt werden kann (z.B. weder Pseudonymisierung noch Anonymisierung). Mit Blick auf die ePrivacy-Richtlinie (und auch die vernünftigen Nutzererwartungen) kann zusätzliche Sicherheit gewonnen werden, wenn auch auf andere Cookies in einem Cookie-Banner hingewiesen wird.

Franziska Ladiges, Frankfurt am Main
f.ladiges@skwschwarz.de

US-Kongress verabschiedet CLOUD Act

Der [CLOUD Act](#) (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*) enthält einen neuen Rechtsrahmen für den staatlichen Zugriff auf im Ausland gespeicherter E-Mails und anderer Daten.

Ziel des Gesetzes ist es, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und zur Bekämpfung schwerwiegender Straftaten Verfahren zu etablieren, um inländischen Behörden Zugriff auf Daten auch dann zu ermöglichen, wenn diese auf Servern im Ausland gespeichert sind.

Zu diesem Zweck sieht der CLOUD Act den Abschluss bilateraler Abkommen mit anderen, hierfür geeigneten Staaten (sog. „qualifying foreign governments“) zur Zusammenarbeit bei entsprechenden Ersuchen um Datenzugriff vor. Ein solches Abkommen mit einem Staat gäbe dann nicht nur US-Behörden innerhalb des vereinbarten Rahmens die Möglichkeit, unter Einbindung lokaler Behörden Zugriff auf dort liegende Daten zu nehmen, sondern auch umgekehrt den Behörden dieses Staates die Möglichkeit zum Datenzugriff in den USA. Eine richterliche Anordnung soll grundsätzlich nicht erforderlich sein.

Den Behörden eines Landes soll dabei gestattet werden, ihr Ersuchen direkt an das Unternehmen im Ausland zu richten, das den jeweiligen Server kontrolliert. Staaten, die auf Grundlage des CLOUD Acts ein Abkommen mit den USA schließen, müssen im Inland ansässige Unternehmen deswegen gesetzlich zur Datenherausgabe verpflichten.

Praxistipp: Für die EU erarbeitet die Europäische Kommission aktuell einen Legislativvorschlag für den grenzüberschreitenden „Zugang zu elektronischen Beweismitteln“. Ein erster Entwurf soll am 17. April 2018 vorgelegt werden.

Dr. Daniel Meßmer, München
d.messmer@skwschwarz.de

Virtual Reality – Konkurrenz oder Chance für Live-Veranstalter?

Gemeinsam mit tausenden anderen Fans das Album der Lieblingsband vor dessen Veröffentlichung bei einer weltweiten Virtual Reality Live-Veranstaltung exklusiv hören – diese futuristisch anmutende Idee setzten letztes Jahr die „Gorillaz“ bei ihrer ersten „Worldwide Listening Party“ in die Tat um. Bei dieser bisher größten geo-spezifischen Veranstaltung mit dem Titel „Human House Party“ konnten Fans sich an 500 festgelegten Orten auf der ganzen Welt per App das neue Album der Band anhören. Der Sponsor und Technologiepartner Deutsche Telekom spricht von einem weltumspannenden, gemeinsamen Hörerlebnis – von Tokio bis Santiago (www.wuv.de/marketing/gorillaz_telekom_zelebriert_album_premiere_via_app).

Doch die Gorillaz sind auf ihrem virtuellen Feldzug lange nicht mehr alleine. Auch ganze Konzerte und Sportveranstaltungen werden bereits in VR übertragen. Als virtuelle Realität, kurz VR, wird die Darstellung und gleichzeitige Wahrnehmung der Wirklichkeit und ihrer physikalischen Eigenschaften in einer in Echtzeit computergenerierten, interaktiven virtuellen Umgebung bezeichnet. Soll heißen: man ist mittendrin. Viele Künstler der Musikbranche nutzen diese Technik bereits, um ihren Fans ein unvergleichliches Erlebnis zu bieten. Dies geschieht bei Live-Übertragungen an festgelegten Orten oder sogar gemütlich auf dem Sofa von zu Hause aus. Auch NBA-Spiele werden inzwischen live als VR-Experience übertragen. NextVR, ansässig in Kalifornien, gehört dabei zu den am höchsten gehandelten Unternehmen der VR-Branche (www.nextvr.com/nba/). Man braucht für das virtuelle Erlebnis lediglich eine VR-Brille und einen Internetzugang.

VR-Experience – Rechte für Veranstalter?

Doch während bei den Zuschauern die Qualität des Streams und der Preis für den Spaß die größte Rolle spielen, stellt sich auch die Frage: Wie sieht das Ganze rechtlich aus? Neben den Urheberrechten der Künstler spielen beispielsweise Datenschutzrecht, Musikrecht und auch das spezifische Veranstaltungsrecht gem. § 81 UrhG eine bedeutende Rolle. Dieses schützt dabei ausdrücklich die Live-Veranstalter.

Dem Schutz des § 81 UrhG unterliegen Veranstaltungen aber nur dann, wenn bei ihnen die Leistung eines ausübenden Künstlers dargeboten wird. Reine Sportveranstaltungen fallen somit in Deutschland nicht unter diesen Schutz. Die Veranstaltung muss zudem live und öffentlich sein und vor einem Publikum stattfinden. Ob hierfür die lediglich virtuelle Übertragung der Live-Darbietung ausreicht, ist noch offen. Bedenkt man aber, dass mit der neuen VR-Technologie ein nahezu perfektes Gefühl des „Mittendrin-Seins“ simuliert werden kann, liefert der ausübende Künstler (auch) für sein VR-Publikum seine Show.

Den Veranstalterschutz genießt der Inhaber des Unternehmens, das die Darbietung des ausübenden Künstlers veranstaltet. Bei virtuellen Übertragungen wird das regelmäßig das Unternehmen sein, welches organisatorisch und finanziell für die VR-Aufnahme und die Transmission an die Endgeräte verantwortlich ist.

Gesellschaft für die Wahrnehmung von Veranstalterrechten

In Deutschland wurde aufgrund der wachsenden Relevanz von Live-Übertragungen die Gesellschaft für die Wahrnehmung von Veranstalterrechten (GWVR) gegründet, damit Veranstalter an den Erlösen partizipieren, die mit Konzertmitschnitten generiert werden. Lizenznehmer der GWVR sind beispielsweise Hersteller von Ton- und Bildtonträgern mit Mitschnitten von Veranstaltungen, Radio- und Fernsehsender, die Mitschnitte von Veranstaltungen senden, sowie Online- Anbieter wie beispielsweise Youtube oder Spotify, die Veranstaltungsmitschnitte im Netz zugänglich machen.

Nach und nach scheint hierbei auch VR in den Vordergrund zu rücken. So heißt es in einer aktuellen Pressemitteilung der GWVR: *„Der Bundesverband der Veranstaltungswirtschaft hat einen weiteren Schritt zur Kommerzialisierung des Leistungsschutzrechts der Veranstalter übernommen. Konzert-*

und Tourneeveranstalter können nunmehr über ein einfaches Standard-Verfahren Live-Mitschnitte auf Apple Music und iTunes zum Download bereitstellen, um diese kommerziell auszuwerten. Darüber hinaus ist ein eigenes Format für Audio- und Videomitschnitte von Konzerten, Festivals, Club-Performances, Comedy, Circus und Shows, Theater und Musical – eben allen live-content – geplant.“
(gwvr.de/aktuelles/)

Ist VR das Ende von Live?

In Zukunft wird es weitere, massive Fortschritte im Bereich VR geben. Allerdings kann teilweise auch eine rückläufige Entwicklung beobachtet werden. So übertrug NextVR 2016 diverse NBA-Spiele in 180 statt in 360 Grad. Der Mehrwert, den Popcorn kauenden Fan hinter sich anzuschauen, sei überschaubar, erklärt Danny Keens, der für die Inhalte von NextVR zuständig ist. Außerdem muss man sich so die Frage nach den Rechten der Zuschauer am eigenen Bild nicht stellen.

Noch scheinen der Preis der VR-Brillen und andere Faktoren viele Zuschauer von der „VR-Experience“ abzuhalten. Am häufigsten beschwerten sich Zuschauer über die Abschirmung von der Außenwelt durch die VR-Brille. Es wird aber bereits an Social-Funktionen gearbeitet, die diese Kritik zukünftig mildern könnten. Spannend wird es in dieser Hinsicht auch sein, die Patententwicklungen von Apple in Bezug auf Virtual Reality zu beobachten. Neueste Entwicklungen deuten auf optimierte Headsets mit Linsentechnologie hin (vr-world.com/apple-patent-platzsparendes-vr-headset-eyetracking/). Der Eintritt von VR in den Mainstream ist also nur noch eine Frage der Zeit.

VR wird das Live-Erlebnis letztlich nicht ersetzen können. Dennoch sollten sich Künstler, Veranstalter und Vermarkter der Möglichkeiten von VR bewusst sein und sich ein Beispiel an den „Gorillaz“ nehmen. Diese übertrugen manche ihrer Shows nämlich bereits mit 360-Grad-Livestreams im Rahmen der Kooperation mit Telekom Electronic Beats weltweit online (musikmusmit.de/electronic-beats-gorillaz/). Der hier für möglich gehaltene Schutz von VR-Experiences durch das Veranstaltungsrecht erschließt dabei neue Verwertungsmöglichkeiten für Künstler und Veranstalter.

Sven Preiss, Berlin
s.preiss@skwschwarz.de

Mitteilung der Europäischen Kommission zum Datentransfer in Großbritannien nach dem Brexit

Die EU-Kommission hat am 09.01.2018 [mitgeteilt](#), dass Großbritannien mit Austritt am 30.03.2019 als Drittland i.S.d. DS-GVO zu behandeln wäre. Auch wenn Großbritannien schon Schritte zur Umsetzung der DS-GVO unternommen hat, wird das jetzige EU-Mitglied mit dem Austritt nicht automatisch den Status eines sicheren Drittlands zuerkannt bekommen. Grund dafür ist zum einen, dass mit dem Brexit das europäische Primär- und Sekundärrecht in Großbritannien – und damit auch die DS-GVO – nicht mehr gelten werden. Darüber hinaus wird es nicht ohne weiteres einen Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission i.S.d. Art. 45 DS-GVO über das Datenschutzniveau in Großbritannien geben. Ein solcher ist aber erforderlich, um einen Datentransfer in ein Drittland ohne zusätzliche rechtliche Schritte vornehmen zu dürfen.

Welche Konsequenzen gibt es für Unternehmen?

Soweit Unternehmen personenbezogene Daten nach Großbritannien nach dem Stichtag des Austritts übermitteln, müssen mangels eines Angemessenheitsbeschlusses der Europäischen Kommission die gleichen rechtlichen Schritte unternommen werden wie beim Datentransfer in die USA oder nach China. In diesem Zusammenhang werden insbesondere die EU-Standardvertragsklauseln (ab dem 25.05.2018 Standarddatenschutzklauseln genannt) und Binding Corporate Rules (BCR) eine wichtige Rolle spielen. Die Europäische Kommission erwähnt in ihrer Stellungnahme auch weitere Mechanismen wie genehmigte Zertifizierungsmechanismen oder genehmigte Verhaltensregeln, die als Grundlage für Datentransfers nach Großbritannien dienen können.

Praxistipp: Unternehmen, die Daten an Stellen in Großbritannien übermitteln, müssen die Brexit-Verhandlungen aufmerksam beobachten und überprüfen, welche Instrumente der DS-GVO für sie hinsichtlich der rechtlichen Grundlage für den Datentransfer in Frage kommen. Auch wenn es bis zum Austritt Großbritanniens aus der EU noch mehr als ein Jahr dauert, verlangen bestimmte Maßnahmen – wie z.B. die Implementierung von BCR – eine nicht zu unterschätzende Vorlaufzeit.

Ivan Brankov, Frankfurt am Main

i.brankov@skwschwarz.de

Neues Verfahren zum Schutz von Betreibern von Webseiten, Apps und Online-Portalen vor Urheberrechtsklagen in den USA

Das Urheberrechtsamt in den USA hat mit Wirkung zum 31. Dezember 2017 neue Anforderungen für die Registrierung von Diensteanbietern bestimmter Telemedien eingeführt. Diese müssen eingehalten werden, um als Provider besonderen Schutz vor Urheberrechtsklagen zu erfahren (sog. „Safe Harbor“).

Webseiten-Betreiber und Anbieter sonstiger Online-Angebote, die nutzergenerierte Inhalte veröffentlichen, riskieren durch die Veröffentlichung ständig von Rechteinhabern aufgrund behaupteter oder tatsächlicher Urheberrechtsverletzungen in Anspruch genommen zu werden. Eine vollständige Überprüfung der Inhalte ist schließlich in aller Regel nicht möglich. Es drohen unüberschaubare Haftungsrisiken. In den USA gewährt der Digital Millennium Copyright Act („DMCA“) diesen Providern einen besonderen Schutz. Webseiten, Apps und andere Arten von Online-Plattformen, die es Dritten ermöglichen, benutzergenerierte Inhalte (z.B. Kommentare, Fotos, Videos) zu veröffentlichen, sind unter bestimmten Voraussetzungen vor Ansprüchen aufgrund von Urheberrechtsverletzungen besonders geschützt. Konkret betrifft der Schutz nutzergenerierte Inhalte, die von Dritten auf dem jeweiligen Telemedium eingestellt wurden.

Diensteanbieter müssen gemäß den nun in Kraft getretenen Änderungen intern Verantwortliche für die Telemedien elektronisch beim Urheberrechtsamt (U.S. Copyright Office) registrieren. Die bis dahin möglichen Registrierungen in Papierform sind nicht mehr gültig. Erfolgt keine elektronische Registrierung, endet der Schutz, da die elektronische Registrierung eine zwingende Voraussetzung für den Schutz ist. Eine Erneuerung der Registrierung ist alle drei Jahre notwendig.

Praxistipp: Aufgrund der neuen Anforderungen empfiehlt es sich zu überprüfen, welche Webseiten, Apps oder Online-Portale (Telemedien) unter den Schutz des Digital Millennium Copyright Act („DMCA“) fallen können. Telemedien, die die Anforderungen erfüllen, sollten, soweit noch nicht erfolgt, schnellstmöglich registriert werden und auch die übrigen Voraussetzungen für den Schutz herstellen.

Dr. Matthias Orthwein, München

m.orthwein@skwschwarz.de

Johannes Schäufele, München

j.schaeufele@skwschwarz.de

Der Unternehmenskauf im digitalen Zeitalter – das SPA als „Smart Contract“ in der Blockchain?

Die Platzierung eines zweiten Schuldscheines durch die LBBW mit Hilfe der Blockchain hat Ende 2017 große Resonanz in der öffentlichen Berichterstattung gefunden. Zugleich sorgen verschiedene internationale Banken mit ihren Plänen für Aufsehen, gemeinsame Plattformen für das Angebot von Handelsfinanzierungen via Blockchain an den Start zu bringen. Beide Ereignisse zeigen, dass rechtlich durchaus komplexe Transaktionen in der Praxis mit der Blockchain-Technologie abgebildet werden können. Schlägt nun auch bald die Stunde der Blockchain bei Unternehmenskäufen und -verkäufen?

Die Blockchain

Bei Blockchains handelt es sich nach einer gängigen Definition um Datenbanken, in denen bestimmte Ereignisse meist für alle Teilnehmer transparent in chronologischer Reihenfolge aufgezeichnet und festgeschrieben werden. Gegenüber herkömmlichen Datenbanken weist die Blockchain-Technologie zwei Besonderheiten auf: Zum einen handelt es sich um dezentrale Datenbanken, die sich auf allen einem Blockchain-Netzwerk angeschlossenen Rechnern befinden und nicht auf einem einzigen zentralen Server konzentriert sind. Die Vielzahl der Teilnehmer an einem Blockchain-Netzwerk ist wiederum Grundlage für die zweite Besonderheit: Die Verifikation der zu speichernden Ereignisse erfolgt nicht durch eine zentrale Stelle, sondern allein durch die Gemeinschaft der Netzwerkteilnehmer mittels eines algorithmisch unterstützten, als „Consensus“ bezeichneten Verfahrens. Die Begebung eines Schuldscheins und die Finanzierung von Handelsgeschäften, aber auch ein Unternehmenskauf oder -verkauf, stellen eine Abfolge von rechtlich relevanten Ereignissen dar. Es ist daher durchaus naheliegend, dass derartige Transaktionen auch mit Hilfe der Blockchain-Technologie abgewickelt werden können.

Der Unternehmenskaufvertrag als Smart Contract?

Die Bezeichnung „Smart Contract“ führt zunächst einmal in die Irre. Es handelt sich dabei um eine Softwareanwendung, die nach festgelegten Regeln entsprechend ihrer Programmierung beim Eintritt bestimmter Ereignisse ein konkretes Ergebnis herbeiführt. In der Praxis werden als Analogie für Smart Contracts häufig Getränke- oder Süßigkeitenautomaten verwendet, die bei Einwurf der richtigen Geldmünzen und Betätigung einer Auswahltaste ein bestimmtes Produkt in einen Ausgabeschacht auswerfen, womit ein Vertrag zustande kommt. „Smart“ ist in diesem Zusammenhang allenfalls die Programmierleistung, welche die gesamte Transaktionslogik abbildet. Weniger smart ist hingegen die

Funktionsweise des Getränke- oder Süßigkeitenautomaten als solches, die nach einer strikten „richtig oder falsch“ bzw. „wenn ... dann“-Mechanik funktioniert. Ähnlich verhält es sich mit den Smart Contracts in der Blockchain, die noch wenig Raum für die Berücksichtigung unvorhergesehener Ereignisse oder Fehlentwicklungen, Ermessensspielräume oder Auslegung belassen. Auch die in der deutschen Rechtspraxis bedeutsamen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe wird man in einem Smart Contract vergeblich suchen.

Es ist unschwer zu erkennen, dass der Unternehmenskaufvertrag selbst kein Smart Contract ist. Er bildet regelmäßig eine individuelle Transaktionsstruktur ab, die das Ergebnis steuerlicher Überlegungen und der Due Diligence ist. Zudem enthalten Verträge über den Kauf oder den Verkauf von Unternehmen typischerweise einen ausgeklügelten Kaufpreisanpassungsmechanismus, einen Katalog von Verhaltenspflichten des Käufers und des Verkäufers oder ein spezielles Gewährleistungsregime. Um Missverständnisse vorzubeugen: Das Produkt „Unternehmenskaufvertrag“ ist selbstverständlich einer Vielzahl technologischer Anwendungen („Legal Tech“) zugänglich, aber er ist eben nicht das Ergebnis einer simplen „wenn ... dann“-Logik.

Bei näherer Betrachtung lassen sich aber sehr wohl Bestandteile eines Unternehmenskaufvertrages identifizieren, die zumindest in der Abwicklung dem Mechanismus eines Smart Contracts gleichen: Etwa eine Treuhandabrede, der zufolge ein Teil des vereinbarten Kaufpreises zur Sicherung etwaiger Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer bei einem Treuhänder geparkt wird und nach einem strikten „wenn ... dann“-Mechanismus ganz oder teilweise an den Verkäufer oder den Käufer ausgekehrt wird. Oder der Vollzug (Closing) – also die Durchführung – des Unternehmenskaufvertrages selbst, dem vielfach auch eine vorgezeichnete Logik zugrunde liegt: Wenn bestimmte Vollzugsbedingungen eingetreten sind und bestimmte Closing Deliverables vorgelegt wurden, dann hat der Käufer den definierten Kaufpreis zu zahlen und die Geschäftsanteile gehen über. Das letztgenannte Beispiel wird allerdings von der deutschen Rechtswirklichkeit eingeholt, die diverse Formalien für die Übertragung von Geschäftsanteilen vorsieht (zum Beispiel eine notarielle Beurkundung).

Fazit: Schuldscheine mit den vom Emittenten vorgegebenen Bedingungen und standardmäßige Finanzierungsbausteine für den internationalen Warenverkehr, nach denen jeweils eine starke Nachfrage im Unternehmensalltag besteht, sind ohne Weiteres als Anwendungen zu erkennen, in denen die Vertragsbestandteile als Smart Contracts programmiert werden können und diese mit Hilfe der Blockchain abgewickelt werden können. Unternehmenskaufverträge gehören regelmäßig nicht zu den standardisierten Verträgen, auch wenn sie aus einer Vielzahl bekannter Textbausteine und vermeintlicher Musterklauseln bestehen. Selbst wenn der individuell ausgehandelte Unternehmenskaufvertrag einer simplen „wenn ... dann“-Logik folgen würde, wäre der Programmieraufwand für einen derartigen Individualvertrag enorm. Auch wenn Unternehmenskaufverträge demnach auf absehbare Zeit nicht als Smart Contracts über die Blockchain abgewickelt werden, wird die Blockchain-Technologie enormen Einfluss auf transaktionsbegleitende Vorgänge (wie z.B. Treuhandvereinbarungen) und die Abwicklung von Transaktionen haben.

Dr. Stephan Morsch, München
s.morsch@skwschwarz.de

Die neue Geoblocking-Verordnung – Abbau von Barrieren im grenzüberschreitenden Online-Handel

Mit zwei Verordnungen sagt die Europäische Union (EU) dem Geoblocking den Kampf an.

Bereits letztes Jahr im Sommer verabschiedete die Europäische Union die sog. Portabilitätsverordnung, die die grenzüberschreitende Nutzung von kostenpflichtigen Online-Diensten für Abonnenten (z.B. Film- und Serienstreaming) bei vorübergehendem Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat ermöglicht (www.skwschwarz.de/aktuelles/artikel/artikel-detail/news/online-auf-die-lieblingsserie-zugreifen-endlich-auch-im-urlaub/4/detail/News/). Nun legte sie am 27. Februar 2018 noch einmal für den grenzüberschreitenden Online-Handel mit der Verordnung zum „ungerechtfertigten Geoblocking“ als Erscheinungsform der Diskriminierung von EU-Bürgern (EU 2018/302) nach. Die Verordnung trat bereits am 23. März 2018 in Kraft, findet aber erst ab dem 3. Dezember 2018 Anwendung. Diese Umsetzungsfrist soll insbesondere kleineren Händlern die Möglichkeit zur Anpassung geben.

Was ist Geoblocking?

Als Geoblocking kann man allgemein jede technische Vorrichtungen auf Websites von Dienstleistern oder Warenanbietern bezeichnen, die dazu führt, dass ein Internetnutzer aufgrund seines aktuellen, geographischen Standortes in einem Land (erkennbar durch die sog. IP-Adresse) nicht auf die Angebote einer Website in einem anderen Land zugreifen kann. Versucht er es doch, bekommt er in den meisten Fällen entweder eine Fehlermeldung oder er wird auf eine andere Website des Anbieters, die dem Standort seiner IP-Adresse entspricht, automatisch umgeleitet. Die gängigste Form des Geoblockings ist jedoch die Verweigerung der Lieferung an Kunden in einem anderen Land, gefolgt von der Verweigerung der Annahme von Zahlungen solcher Kunden. Einige Anbieter greifen wiederum auf das sog. Geo-Filtering zurück. Hierbei kann der Internetnutzer zwar auf die Angebote der ausländischen Website zugreifen. Er erhält aber – ohne es zu merken – andere Bedingungen als die Internetnutzer eines anderen Landes.

Nicht selten steckt hinter einem systematischen Geoblocking die kartellrechtswidrige Absatz-strategie internationaler Unternehmen, die nationalen Märkte aufzuteilen, um unterschiedliche Preise für die gleiche Leistung aufrufen zu können. Diese Realität stellte unlängst auch die Europäische Kommission im Rahmen einer sog. Sektorenuntersuchung für den grenzüberschreitenden Online-Handel fest (Abschlussbericht der Europäischen Kommission über die Sektorenuntersuchung im elektronischen Handel vom 10.5.2017, Rn. 49 ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_de.pdf). Allerdings basierten nach den Feststellungen der Kommission die meisten Geoblocking-Maßnahmen in Bezug auf Verbrauchsgüter auf der freiwilligen Entscheidungen von Einzelhändlern, nicht grenzüberschreitend zu verkaufen. Auf diese zielen auch die Vorschriften der Verordnung ab.

Welchen Zweck hat die Verordnung?

Ziel der Verordnung ist die Schaffung eines europäischen, digitalen Binnenmarktes. Die Verordnung soll die grenzüberschreitende Gleichbehandlung von Internetnutzern innerhalb der EU ohne Rücksicht auf Staatsbürgerschaft, Wohnsitz (Niederlassung) oder Standort bewirken. Sie findet aber nicht nur Anwendung auf Verbrauchergeschäfte (B2C), sondern auch eingeschränkt für Geschäfte zwischen Unternehmern (B2B). Erforderlich ist bei diesen aber, dass der Besteller Endkunde ist, d.h. er die bestellte Ware bzw. elektronische Dienstleistung nicht weiterverkauft oder weiterverarbeitet. Diese Einschränkung ist von der EU bewusst gewählt worden, um nicht in B2B-Vertriebsnetze einzugreifen, die auf einer Auswahl der Händler durch den Hersteller/Großlieferanten beruhen, wie dies z.B. bei selektiven Vertriebssystemen oder Alleinvertriebsvereinbarungen der Fall ist. Hier gewährleiste nach Auffassung des EU-Gesetzgebers das Kartellrecht den Schutz des grenzüberschreitenden Handels.

Welche Regelungen enthält die Verordnung für den Online-Handel?

Klarzustellen ist zunächst, dass nicht das Geoblocking allgemein durch die neue Verordnung verboten wird, sondern nur das „ungerechtfertigte Geoblocking“. Geoblocking im Online-Handel bleibt also weiterhin möglich, wenn auch unter sehr engen Voraussetzungen. Eine denkbare Ausnahme besteht, wenn tatsächlich unterschiedliche Markt- oder Rechtsrahmenbedingungen auf nationalen Märkten herrschen (z.B. infolge staatlicher Regulierung) und dadurch Leistungen nicht in gleicher Weise in verschiedenen Mitgliedstaaten angeboten werden können bzw. dürfen. Das Vorliegen solcher Gegebenheiten dürfte aber der Online-Händler, der Geoblocking verwendet, zu beweisen haben.

Die Verordnung gilt für alle Waren und Dienstleistungen die online angeboten werden und nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen sind (hierzu unten unter 4.). Sie verbietet im Wesentlichen zwei hintereinander geschaltete Formen des Geblockings:

- Eine Sperrung oder Zugangsbehinderungen zum Webshop für Kunden, die sich in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhalten als der Online-Händler. Die Umleitung zur Website (URL) eines anderen EU-Mitgliedstaates kann daher nur mit Zustimmung des Kunden erfolgen.
- Ein Anbieten von ungleichen Verkaufs-, Liefer- und Zahlungsbedingungen. Allerdings bleiben unterschiedliche, länderspezifische Bedingungen weiterhin zulässig.

Diese Regelungen zwingen einen Online-Anbieter jedoch nicht dazu, jeden EU-Mitgliedstaat zu beliefern, also auch einen, in dem er gar keinen Verkauf anbietet. Bestellt aber ein Kunde aus einem solchen EU-Mitgliedstaat bei dem Online-Anbieter Waren, muss der Online-Händler ihm aber entweder ermöglichen, die Ware abholen zu lassen oder sie in einen EU-Mitgliedstaat zu versenden, den er belieft.

Worauf oder für wen findet die Verordnung keine Anwendung?

Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Verordnung sind lediglich:

- Online-Händler unter EUR 17.500,00 Jahresumsatz (Kleinunternehmer)

- Streaming oder Downloadangebote für urheberrechtlich geschützt Werke wie Musik, Filme, E-Books, Übertragung von Sportereignissen (einige dieser Dienste unterliegen aber der Portabilitätsverordnung)
- Gesundheitsleistungen und soziale Dienste
- Finanzdienstleistungen
- Beförderungsleistungen (Flugzeug, Bahn, Schiff etc.)
- B2B-Geschäfte, bei denen das beziehende Unternehmen nicht selbst Endkunde ist

Was erwartet Unternehmen bei Verstößen?

Verstoßen Online-Anbieter gegen die Bestimmungen der Verordnung, drohen diesen verschiedene Sanktionen. Diese sind von den jeweiligen Mitgliedstaaten autonom festzulegen. Sie müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Deutschland hat bisher keine Sanktion- bzw. Bußgeldregelungen erlassen.

Zusätzlich sollen Beschwerdestellen eingerichtet werden, die Verbraucher bei Streitigkeiten mit Anbietern unterstützen. Verbraucherorganisationen können zudem gegen die Online-Händler auf Unterlassung klagen.

Unabhängig davon kann die Verpflichtung eines Online-Händlers seitens eines Hersteller oder Großhändlers, Geoblocking-Maßnahmen zu verwenden, einen Verstoß gegen das Europäische Kartellrecht beinhalten, wenn dadurch unzulässige Gebiets- oder Kundenbeschränkungen generiert oder verfestigt werden. In diesem Fall drohen Online-Händlern und Herstellern/Großhändlern nicht unerhebliche Bußgelder.

Ausblick und Praxistipp: Die Verordnung greift in die Vertriebssteuerung des Einzelhandels ein. Anbieter, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, sollten die Zeit bis zum 3. Dezember 2018 nutzen, um zu überprüfen, ob sie Geoblocking oder andere Formen der Diskriminierung innerhalb der EU verwenden. Dies gilt insbesondere für unterschiedliche Verkaufs-, Zahlungs- und Lieferbedingungen bei Bestellungen aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten. Ist dies der Fall, kann eine dementsprechende Ungleichbehandlung nur aufrechterhalten werden, wenn eine sachliche Rechtfertigung hierfür besteht (z.B. abweichende Portokosten). Weiter müssen die Voraussetzungen geschaffen werden, dass Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten ihre Bestellungen beim Online-Anbieter abholen können oder diese an eine Lieferadresse in einem belieferten EU-Mitgliedstaat versendet werden können.

Wie groß letztendlich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Verordnung sind, bleibt abzuwarten. Am Ende scheitert eine grenzüberschreitende Bestellung nicht selten an den Sprachbarrieren. Denn Online-Händler sind durch die Verordnung nicht gezwungen, ihre Website in einer anderen Sprache zu gestalten, als der des eigenen EU-Mitgliedstaates.

Dr. Philipp Asbach, Hamburg
p.asbach@skwschwarz.de

Mobilitätskonzepte der Zukunft – ohne Kooperationen nicht denkbar

Die Mobilität der Zukunft kommt mehr und mehr in der Gegenwart an. Bike Sharing, Car Sharing und Car Pooling haben sich als funktionierende Geschäftskonzepte etabliert, Mobile Apps sind aus dem öffentlichen Nahverkehr nicht mehr wegzudenken, der flächendeckende Ausbau von Ladestationen für Elektroautos gewinnt an Fahrt und die ersten fahrerlosen Lkws bewegen sich auf Teststrecken im öffentlichen Raum.

Jede dieser Entwicklungen ist das Ergebnis des Zusammenwirkens verschiedener Leistungserbringer. Kein Unternehmen verfügt über die Kompetenz, ein Mobilitätskonzept aus einer Hand anzubieten. Selbst hinter den aus Nutzersicht vermeintlich einfachen Mobilitätslösungen verbergen sich meist komplexe Leistungsbeziehungen: Ein Softwareunternehmen entwickelt und pflegt eine App, ein anderes Unternehmen stellt die Hardware (z. B. Fahrräder) zur Verfügung und übernimmt die Wartung, ein drittes Unternehmen betreibt das Bike-Sharing-Angebot und ein viertes Unternehmen wickelt die Bezahlung ab. Noch komplexer wird die Struktur, wenn eine einzige App verschiedene Mobilitätsangebote – etwa Fahrrad, Auto und Schiene – vereint.

Grundlage für die Entwicklung und den Betrieb derartiger Mobilitätslösungen sind regelmäßig zwei- oder mehrseitige Kooperationsverträge, in denen insbesondere die jeweiligen Leistungspflichten der Vertragspartner detailliert beschrieben sind und miteinander verzahnt werden.

Eine weitergehende Form der Zusammenarbeit bilden Gemeinschaftsunternehmen. Hier wird die Zusammenarbeit in einer rechtlich selbständigen Joint-Venture-Gesellschaft, an der die Partner als Gesellschafter beteiligt sind, gebündelt. Folgerichtig geht der Regelungsgehalt der zugrunde liegenden Joint-Venture-Vereinbarung weit über den Inhalt eines Kooperationsvertrages hinaus, da er z. B. auch Fragen der Organisation und der Finanzierung der Joint-Venture-Gesellschaft, den Umgang mit IP-Rechten, Ausstiegsrechte der Joint-Venture-Partner und gesellschaftsrechtliche Sanktionen bei Nichterfüllung der Leistungspflichten beinhaltet.

Besondere Fragen stellen sich bei der Kooperation mit Kommunen oder Einrichtungen der öffentlichen Hand, die diversen Sondervorschriften unterliegen (z. B. Vergaberecht).

Jede Form der Zusammenarbeit bedarf einer maßgeschneiderten vertraglichen Regelung. Dabei ist es in der Regel geboten, nicht nur den Status Quo abzubilden, sondern auch künftige (und damit ungewisse) Entwicklungen (z. B. künftige Leistungsbeiträge, Finanzierungserfordernisse, die Aufnahme weiterer Partner) zu antizipieren. Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit der Kooperationspartner und der großen wirtschaftlichen Bedeutung vieler Joint Ventures ist ein solides Vertragswerk eine der Voraussetzungen für den erfolgreichen gemeinsamen Aufbau und Betrieb einer Mobilitätslösung.

Dr. Stephan Morsch, München
s.morsch@skwschwarz.de

Werbeblocker zulässig – jedenfalls wettbewerbsrechtlich

Gestern fand am BGH die seit längerem mit Spannung erwartete Verhandlung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Werbeblockers „AdBlock Plus“ statt. Gegenüber standen sich dort auf Klägerseite das deutsche Medienhaus Axel Springer und auf Beklagtenseite Eyeo, der Anbieter der kostenlosen Werbeblockersoftware „AdBlock Plus“.

Mit AdBlock Plus können Nutzer, die ihnen auf Internetseiten automatisch eingeblendete Werbung unterdrücken und die Inhalte der Seiten (z.B. journalistische Texte, Videos etc.) werbefrei konsumieren. Technisch setzt AdBlock Plus dies durch eine Blacklist um, deren Filter die Werbung automatisch blockiert. Werbungtreibende können dieses Blocken verhindern, indem sie sich auf eine von Eyeo bereitgestellte Whitelist aufnehmen lassen. Dies natürlich kostenpflichtig und unter Anwendung qualitativer Anforderungen, um als „akzeptable Werbung“ gelten zu können.

Ein Großteil der deutschen (Presse-) Verlage, allen voran die Klägerin, sieht durch AdBlock Plus ihr Geschäftsmodell unter Druck und zieht gegen die Werbeblockersoftware seit Jahren vor Gericht und dort nahezu alle verfügbaren juristischen Register.

Jedenfalls den lauterkeitsrechtlichen Weg hat der BGH mit seiner gestrigen Entscheidung abgeschnitten. Der Wettbewerbssenat des OLG Köln hatte in der zugrundeliegenden Berufungsentscheidung aus dem Jahr 2016 (6 U 149/15) das Whitelisting noch als unzulässige Beeinflussung und damit als Fall der aggressiven geschäftliche Handlung gem. § 4a UWG bewertet, das Vorliegen einer gezielten Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) jedoch ebenfalls abgelehnt.

Eine gezielte Behinderung von Springer mag auch der BGH in der Werbeblockersoftware nicht erkennen. Denn, so der BGH, Eyeo fördere primär die eigene Teilnahme am Wettbewerb, wobei die Werbeblockersoftware gerade die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Internetseiten voraussetze, diese also nicht gezielt behindere. Überdies entscheiden die Nutzer von AdBlock Plus autonom über den Einsatz der Software, so dass die aus der Nutzung der Software mittelbar entstehende Beeinträchtigung des klagenden Medienhauses nicht unlauter sei. Und da AdBlock Plus auch keine Schutzvorkehrungen der Webseiten gegen das Werbeblocken unterlaufe, sei es Springer – auch angesichts der Pressefreiheit – zumutbar eigene (gemeint sind wohl technische) Abwehrmaßnahmen gegen AdBlock Plus zu ergreifen. The rat race is on!

Anders als das OLG Köln sieht der BGH in der Werbeblockersoftware auch keine aggressive Geschäftspraxis gegenüber Unternehmen, die an der Schaltung von Werbung auf den Internetseiten interessiert sind. Denn AdBlock Plus nutzt seine etwaige Machtposition jedenfalls nicht in einer Weise aus, die die Fähigkeit der Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränken würde.

Der BGH weist mit dieser Entscheidung nicht nur dem klagenden Medienhaus, sondern der gesamten deutschen Verlagsbranche den Weg für die zukünftige Entwicklung ihres Geschäftsmodells in einer Welt, in der es neben Paywallnutzern und Werbekonsumenten eben auch Nutzer gibt, die Blockersoftware einsetzen. Auch wenn das Urteil im Wortlaut noch nicht vorliegt, so lässt die bisher bereits verfügbare Pressemitteilung (vgl. [hier](#)) deutlich erkennen, dass der BGH die Verantwortung bei den Webseitenbetreibern sieht, ihre Geschäftsmodelle in eben jener Welt weiterzuentwickeln und

bestehende Modelle durch geeignete technische Maßnahmen vor Beeinträchtigungen zu schützen. Ob dies das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der von Springer bereits eingelegten Verfassungsbeschwerde anders beurteilt und die Geschäftsmodelle der Verlage in besonderer Weise grundrechtlich im Rahmen des Art. 5 GG als geschützt erachtet, bleibt abzuwarten.

Dr. Sascha Pres, Berlin

s.pres@skwschwarz.de

Arbeiten 4.0 – agile Prozess- und Organisationsmethoden wie Scrum und ihre richtige Ausgestaltung

Diskussionen rund um das Themenfeld „Arbeiten 4.0“ sind en vogue. Das Bundeministerium für Arbeit und Soziales sah sich sogar dazu bemüht, hierzu ein so genanntes „Weißbuch“ zu veröffentlichen. Es überrascht daher nicht, dass das Arbeitsministerium das Themenfeld „Arbeiten 4.0“ als „Schwerpunkt“ deklariert (zumindest auf der Homepage des Ministeriums); gleiches gilt für die Thematik Leiharbeit / Werkverträge, einer Thematik, die im Rahmen von „Arbeiten 4.0“ erhebliche Bedeutung hat.

Arbeiten 4.0 und agile Arbeitsprozesse

Was ist aber „Arbeiten 4.0“ und warum existiert ein Spannungsfeld zwischen dieser modernen Arbeitsform und einem klassischen Problemfeld, dem sich Arbeitsrechtler seit langer Zeit ausgesetzt sehen. Was „Arbeiten 4.0“ genau ist, lässt sich, zumindest nach Auffassung des Arbeitsministeriums, noch nicht genau sagen; eines sei aber sicher: „Arbeiten 4.0“ werde vernetzter, digitaler und flexibler sein. Auch das öffentliche Meinungsbild geht davon aus, dass sich Arbeitszeiten, Arbeitsleistung und Arbeitsort erheblich verändern werden; Arbeitnehmer arbeiten in flachen Hierarchien (oder im gewollten und bewussten „Chaos“), um pragmatische, aber auch neuartige Lösungsansätze zu finden – Arbeitnehmer werden mehr „always-on“ sein – klassische Arbeitsformen werden zum Auslaufmodell. Letzteres zeigt sich in etlichen Branchen seit längerer Zeit schon, speziell im IT-Bereich: Um das gewünschte Produkt präsentieren zu können, haben sich agile Prozess- und Organisationsmethoden eingebürgert, von denen man annimmt, dass gerade die Entwicklung geistiger Werke hierdurch gefördert wird.

Eine mittlerweile bekanntere Organisationsmethodik ist Scrum. Hierunter wird im Wesentlichen ein agiler Prozess im Rahmen der Softwareentwicklung verstanden. Eigene Mitarbeiter und Mitarbeiter anderer Arbeitgeber (und/oder eine Gruppe verschiedener Selbstständiger) versuchen unter Anleitung eines sog. Product Owners ein Produkt zu entwickeln. Die Entwicklung verläuft in der Regel in mehreren Etappen, wobei der regelmäßige (agile) Austausch von Informationen untereinander dieses Ziel besonders fördern soll. Der Product Owner darf hierbei fachliche Weisungen erteilen, da er unter anderem für die Festlegung und Priorisierung der Produkteigenschaften verantwortlich ist – er ist der Projektverantwortliche.

Drittpersonaleinsatz und agile Arbeitsprozesse

Nicht erst seit dem 1. April 2017 ist in solchen Konstellationen Vorsicht geboten. Zu diesem Zeitpunkt traten neue Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung sowie zum angeblich exzessiven Missbrauch

von Werk- und Dienstverträgen in Kraft. Seitdem ist auch einer breiteren Öffentlichkeit bekannt, dass der Einsatz von Fremdpersonal im eigenen Betrieb kritisch zu bewerten sein kann. Dies gilt umso mehr, wenn eigene Arbeitnehmer fremden Arbeitnehmern bestimmte Weisungen erteilen dürfen (oder sogar sollen). Erfolgt nämlich ein Drittpersonaleinsatz nicht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Regelungen (z.B. eingesetzte Selbstständige sind „Schein“-Selbstständige oder bei offiziellen Dienstleistungen handelt es sich tatsächlich um verdeckte – und damit unzulässige – Arbeitnehmerüberlassung), hat dies empfindliche finanzielle und mitunter auch mediale Konsequenzen für die beteiligten Parteien zur Folge.

Sollte man daher von agilen Prozessmethoden und sonstigen (neuen) Formen des Drittpersonaleinsatzes außerhalb der regulären Arbeitnehmerüberlassung Abstand nehmen? Auch wenn einige Stimmen dies als notwendige Konsequenz ansehen, ist die Frage ganz klar mit „nein“ zu beantworten.

So erklärt schon der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den zum 1. April 2017 in Kraft getretenen Neuregelungen, dass *„die Neuregelungen dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen sollen, wie sie zum Beispiel in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen seien“*.

Diese eindeutige Positionierung verdeutlicht eine gewisse Offenheit für neue Produktions- und Arbeitsformen – was auch im Koalitionsvertrag der neuen „GroKo“ entsprechend abgebildet wird – und zeigt daher die Zukunftsfähigkeit entsprechender Konstruktionen. Wichtig wird weiterhin die richtige Ausgestaltung sein.

Verträge und agile Arbeitsprozesse

Hierzu muss zunächst eine taugliche formelle Basis gelegt werden. Prüfungsbehörden schauen sich als Erstes die vertragliche Grundlage an, um den Prozess als solchen zu verstehen und um die Kongruenz von formeller Lage und gelebter Praxis (denn diese ist am Ende maßgebend) beurteilen zu können. Die Vertragsparteien müssen hier Einigkeit über den Prozess und dessen Ablauf erzielen, und beides sorgfältig und verständlich niederlegen. So muss bei Scrum u.a. das Ziel (d.h. die Anforderungen an das Produkt) definiert und festgelegt werden, sowie wie dies (in der Regel in sog. Sprints) erreicht werden soll. Des Weiteren müssen sich die Parteien auf den Product Owner sowie den Scrum Master (eine Art Schiedsrichter, der u.a. darüber wacht, dass die Grundregeln von Scrum und v.a. die vertraglich niedergelegten Prozessregeln eingehalten werden) einigen. Ferner muss aus den vertraglichen Unterlagen eindeutig hervorgehen, dass weder der Product Owner noch der Scrum Master ein klassisches arbeitgeberseitiges Weisungsrecht gegenüber den einzelnen Mitgliedern des Scrum-Teams haben (die Erteilung von Weisungen zu Art, Ort und Zeit der Dienstleistungen ist ein wesentliches Kriterium im Rahmen von Scheinselbstständigkeit/unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung).

So ist die Eigenorganisation bzgl. der Erledigung und Ausgestaltung der geschuldeten Leistungen die Grundidee von Scrum (und eine wesentliche Voraussetzung für die Qualifizierung einer selbstständigen Tätigkeit) – ein Projekt soll gerade nicht von Anfang vollumfänglich durchgeplant sein,

sondern sich im kreativen Prozess entwickeln; ein starres Weisungsgebilde konterkariert inhaltlich diese Idee, sodass im Ergebnis kein Scrum-Prozess vorliegt.

Die gelebte Praxis und agile Arbeitsprozesse

Eine formell ordnungsgemäße Grundlage ist eine notwendige Voraussetzung, um keine Probleme mit etwaigen Prüfbehörden zu bekommen; viel wichtiger ist gleichwohl die „gelebte Praxis“. Die Parteien müssen peinlich genau auf die Respektierung der abgestimmten formellen Inhalte achten. Insoweit kommt dem Scrum Master eine entscheidende Rolle zu: Als zunächst passiver Beobachter des Prozesses muss er aktiv werden, wenn Beteiligte sich „verselbstständigen“ oder sonstige Fehlentwicklungen auftreten – diese muss er korrigieren. Er fungiert als eine Art interner Auditor. Jegliches Einschreiten sollte dokumentiert werden, um bei Bedarf die ordnungsgemäße Abwicklung des Prozesses belegen zu können – die Praxis zeigt, dass Behörden interne Kontrollmechanismen, sofern sie angewendet werden und greifen, honorieren; umgekehrt erhärten sich Vorwürfe schneller, sofern ein effizienter Kontrollmechanismus fehlt. Darüber hinaus hilft eine lückenlose Dokumentation, um Diskussionen mit dem Vertragspartner über die vertragsgemäße Leistungserfüllung gestalten zu können.

Die Kontrollmechanismen müssen sich in der Praxis stets beweisen und entsprechend kontrolliert werden – nicht zuletzt der sog. Daimler-Fall (ein Einsatz von IT-Mitarbeitern, der als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert worden ist) verdeutlicht, dass schon geringe Abweichungen von den vereinbarten Vertragskonditionen ausreichend sein können, um in die Gefahr der verdeckten Leiharbeit zu geraten.

Fazit: In Zeiten, in denen die Politik den Wirtschaftsteilnehmern Gestaltungsmöglichkeiten nimmt (zunehmende Restriktionen bei der Leiharbeit – nicht zuletzt die Abschaffung der „Fallschirmlösung“ – oder die angekündigten Verschärfungen im Teilzeitrecht), sollten sich Unternehmen nicht von kreativen Lösungen abschrecken lassen. Sofern die Rahmenbedingungen formell und im Alltag einwandfrei abgebildet werden, können komplexe Projekte oder weiterhin einfache Dienstleistungen ohne Probleme durch Drittpersonal erledigt werden.

Alexander Möller, Frankfurt am Main

a.moeller@skwschwarz.de