

§ 21 Providerverträge

Schrifttum: Auer-Reinsdorff, Domainmanagement, ITRB 2011, 188; Ballhausen/Roggenkamp, Personenbezogene Bewertungsplattformen, K&R 2008, 403; Berberich, Der Content „gehört“ nicht Facebook!, MMR 2010, 736; Bischof/Schneider, Der Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag, ITRB 2005, 214; Bisle/Frommer, EuGH klärt Verantwortlichkeit bei anonym nutzbaren WLAN-Hotspots, CR 2017, 54–63; Brisch/Müllerter Jung, Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail und De-Mail-Accounts sowie Mediencenter-Installationen, CR 2013, 446; Culmsee/Dorschel, E-Mails als Nebenpflicht – Treuepflichten bei der Bereitstellung von E-Mail-Accounts, CR 2013, 290; Ernst, Verträge rund um die Domain, MMR 2014, 714–721; Frey, Haftungsprivilegierung der Access-Provider nach § 8 TMG?, MMR 2014, 650; Fritzemeyer, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; Fülbier, Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei MySpace und YouTube, CR 2007, 515–521; Gernhardt, Pfändung einer Internetdomain zulässig, K&R 2017, 672–676; Gey, Zivilrechtliche Haftung von Access-Providern bei Zugangsstörungen, K&R 2005, 120; Gläser, Anwendbares Recht auf Plattformverträge, MMR 2015, 699–704; Grützmacher/Siekman, Die Domainübertragung, ITRB 2001, 268–271; Haar, Lizenz- und Plattformverträge im Bereich der Online-Spiele, DSRI-Tagungsband 2010, 359 ff.; Härtling, E-Mail und Telekommunikationsgeheimnis, CR 2007, 311; ders., Webdesign- und Provider-Verträge, ITRB 2002, 218; ders., Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, 37–43; ders., Vertragsgestaltung bei Mehrwertdiensten, ITRB 2003, 38; ders., Schutz von IP-Adressen, ITRB 2009, 35; ders., Beschlagnahme und Archivierung von Mails, CR 2009, 581; ders., Die Rechtsnatur des Access-Provider-Vertrages-Parallelen zur Telefonie und zur Energieversorgung?, K&R 2009, 233; ders., Providerverträge und Telekommunikationsgeheimnis, ITRB 2007, 242; Heidrich/Tschoepe, Rechtsprobleme der E-Mail-Filterung, MMR 2004, 75; Herzog, Der digitale Nachlass, NJW 2013, 3745; ders., in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019; ders., Facebook und der digitale Nachlass, ZErB 2017, 205; Hilgert, Keys and Accounts beim Computerspielvertrieb, CR 2014, 354–360; Hoeren, Westphalen, Graf von, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Host-Verträge; Hoeren/Völkel, Informationsabfrage über Domainverantwortliche nach der DS-GVO, DuD 2018, 161–164; Hopf/Braml, Die Entwicklung des Jugendmedienschutzes 2016/2017, ZUM 2018, 1–12; Intveen, Einrichtung und Betrieb von Verkaufsportalen im Internet, ITRB 2013, 135; Jäschke, OVG NW, Webmail als Telekommunikationsdienst, CR 2018, R43-R44; Jaeschke, Haftung gewerblicher WLAN-Hotspot-Betreiber, MMR 2017, 221–226; Kaeding, Haftung für Hot Spot Netze, CR 2010, 164; Kitz, Meine E-Mails les' ich nicht!, CR 2005, 450; Klett/Pohle, Verträge über Internet-Dienstleistungen, DRiZ 2007, 198 (202 f.); Koch, „Sie haben Post – oder doch nicht?“, Teile 1 und 2, AnwZert ITR 13/2017 Anm. 13, 15/2017 Anm. 2; Lachenmann, Entwicklungsverträge für mobile Apps, ITRB 2013, 190–195; Mantz/Sassenberg, WLAN und Recht, Aufbau und Betrieb von Internet-Hotspots, 2014; ders., Betrieb eines öffentlichen WLANs, DSRITB, 2014, 699; Meinhol, Die .de-Domain als Gegenstand der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 2016, 623–629; Nolte/Hecht, Plattformverträge, ITRB 2006, 188; Nolte/Wimmers, GRUR-Beilage 58, 2014; Oberfell NJW 2013, 1995; Omrol, Haftung von Airbnb für unwirksame Stornierungsbedingungen, jM 2017, 134–140; Petri/Göckel, Vertragsstruktur der Internet-Backbone-Betreiber: Backbone-Access, CR 2002, 329; Pohle, Zur Praxisrelevanz des Urteils des BGH zum sogenannten Internet-Systemvertrag, K&R 2010, 347; Rath/Kuß/Maiworm, Die neue Microsoft Cloud in Deutschland mit Datentreuhand als Schutzschild gegen NSA & Co., CR 2016, 98–103; Redeker, Internetprovider zwischen Störerhaftung und Vertragspflichten, ITRB 2008, 227; ders., Provider-Verträge – ihre Einordnung in die Vertragstypen des BGB, ITRB 2003, 82; Reinhard, Verbraucherschutz durch EU-Richtlinien – Der *acquis communautaire* im Bereich des Verbraucherrechts, The European Legal Forum (D) 2, 2004, 86 – 91; Reinholz, Domainserviceverträge im Licht der BGH-Entscheidung *grundke.de*, ITRB 2008, 69; Riehmer/Hessler, Rahmenbedingungen und Ausgestaltung von Provider-Verträgen, CR 2000, 170; Roth/Haber, Verträge über Server-Housing, ITRB 2007 21–23; Saive, Haftungsprivilegierung von Blockchain-Dienstleistern gem. §§ 7 ff. TMG, CR 2018, 186–193; Schallbruch, IT-Sicherheit – Abwehr von IT-Angriffen, Haftung und Ausblick, CR 2018, 215–224; Schaumann, MAH Insolvenz § 36 Rn. 539 f., 3. Aufl. 2019; Schirmbacher, BB 2010, 1047; Schnabel, Das Zugangsschwerungsgesetz – Zum Access-Blocking als *ultima ratio* des Jugendschutzes, JZ 2009, 996; Schneider, Verträge über Internet-Access, S. 115; Schuster, Der Telekommunikationsvertrag (Festnetz, Internet, Mobilfunk), CR 2006, 444; Schuster/Müller/Drewes, Entwicklungen des Internet- und Multimediarechts, MMR 2002 Beilage 3; Schwartz/Peifer, Datentreuhändermodelle – Sicherheit vor Herausgabeverlangen US-amerikanischer Behörden und Gerichte?, CR 2017, 165–174; Söbbing, Smart Contracts und Blockchain-Technologie, ITRB 2018, 43–46; ders., Plattform as a Service, ITRB 2016, 140–142; ders., Online-Plattformen, InTeR 2016, 149–156; Spindler, Neues im Vertragsrecht der Internet-Provider, CR 2004, 203; ders., Zugangsgewährung durch Internet-Provider – Typische Klauseln und Inhaltskontrolle, K&R 1999, 488; ders., Inhaltskontrolle von Internet-Provider-Verträgen – Grundsatzfragen, BB 1999, 2037; ders., Haftungsklauseln in Provider-Verträgen, CR 1999, 626; ders., Haftung ohne Ende?, MMR 2018, 48–52; Spindler/Ernst, Vertragsgestaltung für den Einsatz von E-Mail-Filtern, CR 2004, 437; Sorge, Digitaler Nachlass als Knäuel von Rechtsverhältnissen, MMR 2018, 372; Tappe, Steuerliche Betriebsstätten in der „Cloud“ – Neuere technische Entwicklungen im Bereich des E-Commerce als Herausforderung für den ertragssteuerrechtlichen

Betriebsstättenbegriff, IStR 2011, 870; Volkmann, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung, K&R 2010, 368; Wicker, Vertragstypologische Einordnung von Cloud Computing-Verträgen, MMR 2012, 783; ders., Die Neuregelung des § 100j StPO auch beim Cloud Computing, MMR 2014, 298.

I. Allgemeines

- 1 Die technischen Mittel zur Nutzung des Internets und das Bereitstellen von Anwendungen, Angeboten, Diensten und Informationen werden von den Internetservice Providern getragen. Internetserviceprovider, abgekürzt ISP oder **Internetdiensteanbieter**, stellen die Infrastruktur (Net), Speicherplätze (Host), die Nutzbarkeit durch Zugang (Access), die Kommunikation via Email (Account), Inhalte (Content), Adressen (Domains) sowie Dienstleistungen (Services) rund um die Anwendungen wie zum Beispiel Vertrieb, Werbung, Suchmaschinen, Plattformen. Aus diesen Leistungsprofilen haben über gut zwei Jahrzehnte Anforderungen an die vertragliche Gestaltung weiterentwickelt. Grundlage der Vertragsgestaltung und -auslegung ist wiederum die vertragstypologische Einordnung entsprechend den vertraglichen Hauptleistungspflichten.
- 2 Neben der vertragstypologischen Einordnung der zumeist gemischten Verträge ergeben sich Anforderungen aus den besonderen **Haftungs- und Verantwortlichkeitsregimen** für Internetserviceprovider, Anforderungen an den **Datenschutz** einschließlich der Datensicherheit, die Flexibilität zur Anpassung an neue Möglichkeiten und Features, die **Verfügbarkeit** und Servicequalität. Zudem sind die vertraglichen Regelungen unterschiedlich auszurichten, je nachdem ob es sich um Massengeschäft und Standardleistungen an Endkunden als Unternehmer oder Verbraucher handelt oder individuelle Leistungspakete und -lösungen. Mit den seit dem 1.1.2022 geltenden besonderen Bestimmungen für digitale Produkte ergab sich je nach Leistungsinhalt für Verbraucherverträge oder Leistungen, welche in der Vertriebskette an Verbraucher als Endkunden erbracht werden, das Erfordernis, Verträge anzupassen und insbesondere Leistungsbeschreibung und Allgemeine Geschäfts- oder Nutzungsbedingungen den neuen Regelungen und Begrifflichkeiten konform auszugestalten.
- 3 Die Feststellung, dass zumeist **typengemischte Verträge** zu gestalten sind, ergibt sich aus der Art der Leistung, welche Services, Pflegeleistungen, Leistungen zur Aufrechterhaltung oder Verbesserung oÄ umfasst. So regelt ein Domainvertrag die Registrierung an sich sowie das Bereithalten über die gesamte Vertragsdauer einschließlich der Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Registrierungsstelle. Ein Websitevertrag bietet oftmals das komplette Leistungspaket, dh Auswahl und Registrierung der Domain, Design der Website, Bereitstellen von Texten, Bildern, Video- und Musikclips, Hosting oder dessen Vermittlung, Pflege etc. Ferner sind oftmals (optional) kombinierbare Leistungen unter einem Vertragsdach abzubilden. Ein Zugangsprovider bietet zugleich den Email-Account-Service und die Registrierung und Aufrechterhaltung einer Domain oÄ. Ein Domainhoster bietet ein Website-Design-Tool und Vorlagen (Templates), ein Content-Management-System, virtuellen Speicherplatz und vieles mehr.
- 4 Grob lassen sich die **Internetdienstleistungen** wie folgt gruppieren:
 - Access-Provider (Zugangsprovider);
 - Host-Provider;
 - Domain-Provider;
 - Content/Information-Provider;
 - Email-Service-Provider;
 - Web-Designer;
 - Werbung/Suchmaschinen/Internet-Marketing;
 - Multi Service Provider;
 - Application Service Provider;
 - Web 2.0 Angebote;
 - Apps;
 - Chatbots;
 - Plattformen/Marktplätze;

- Metaverse, Web 3.0, Augmented Reality, Virtual Reality;
- Internet of Things (IoT) / Internet der Dinge;
- Intranet/Unternehmenskommunikation;
- eGovernment, eJustice, eAdministration.

Die Gewichtung der einzelnen Leistungskategorien in der Branche wechselt, und anfangs 5 skeptisch betrachtete Anwendungen sind heute nicht mehr wegzudenken, andere überleben sich und mit der Konvergenz der Medien drängen innovative Features in den Markt. Diese müssen trotz ihrer Komplexität in lesbaren Verträgen abgebildet werden und insbesondere im Endkundengeschäft für den Laien verständlich und beherrschbar bleiben.¹

II. Regulatorischer und rechtlicher Rahmen

Die Dienstleistungen der Provider sind anhand der nationalen und europäischen Anfor- 6 derungen auszugestalten. Auf nationaler Ebene geben insbesondere folgende Regelungen die Herausforderungen vor:

- Telekommunikationsgesetz;
- Nationalem Anpassungsgesetz an Digital Service Act DDG (noch kein öffentlicher Entwurf);
- Datenschutzgrundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz nF;
- Teledienstedatenschutzgesetz;
- Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb;
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen;
- Urheberrechtsgesetz;
- Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten* (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG);
- Markengesetz;
- Bürgerliches Gesetzbuch und insbesondere Fernabsatzrecht und Verträge über digitale Produkte im Verbraucherrecht und Vertragsrecht;
- Rundfunkstaatsvertrag;
- Pressegesetze (soll wegfallen mit DDG);
- Grundgesetz und
- technische und organisatorische Vorgaben an die IT-Sicherheit²

Die nationale Rechtslage ist geprägt von europäischen Richtlinien,³ welche auch auf das 7 Angebot bzw. die organisatorischen und technischen Vorhaltungen der Provider Auswirkung haben, ua:

- RL 2004/48 EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („Enforcement-Richtlinie“);⁴
- RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), sog. ePrivacyRL;⁵
- RL 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen

¹ OLG Naumburg 24.4.2014 – 2 U 28/13 – Aufklärungspflicht des Anbieters bei Internet-Systemverträgen.

² S. zB Empfehlungen für Internet-Service-Provider https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/KRITIS-und-reguliert-Unternehmen/Weitere_regulierte_Unternehmen/Internet_Service_Provider/Internet-Service-Provider_node.html.

³ Übersicht über die EU-Gesetzgebung <http://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html?locale=de>.

⁴ ABl. L 195/16 v. 2.6.2004.

⁵ ABl. L 201/37 v. 31.7.2002; siehe zum Verhältnis zur DS-GVO → § 36 Rn. 1 ff. Datenschutz im Internet.

Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, sog. CookiesRL;⁶

- Richtlinie (EU) 2019/790 (Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt) und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG;
 - Digital Services Act;⁷
 - Digital Markets Act;⁸
 - Data Act;⁹
 - KI VO Entwurf.¹⁰
- 8 Für Domains gelten daneben die **Registrierungsbedingungen** der jeweiligen Registrierungsstellen, so zum Beispiel der DeNic für .de-Domains, der Eurid für .eu-Domains.¹¹

1. Gesetzliche Definitionen

- 9 Das **Telemediengesetz** gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit es sich nicht um Telekommunikationsdienste handelt. Der persönliche Anwendungsbereich ist für Diensteanbieter im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 1 TMG wie folgt eröffnet:
- 10 „... jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt; bei audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf ist Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die die Auswahl und Gestaltung der angebotenen Inhalte wirksam kontrolliert, ...“
- 11 Für Provider sind in den §§ 8 bis 10 TMG besondere **Haftungsprivilegien** vorgesehen. In der näheren Ausgestaltung dieser Regelungen zur Verantwortlichkeit¹² derer, die den Zugang zu Telemedien eröffnen (§§ 8 und 9 TMG Access-Provider)¹³ und derer, die fremde Inhalte speichern (§ 10 TMG Host-Provider), ist die Definition dieser Serviceproviderleistungen enthalten. Für die Bereithaltung von Inhalten im Internet stellt § 7 TMG klar, dass der Content-Provider für die von ihm selbst bereit gehaltenen Inhalte haftet. Eine Verantwortlichkeit für fremde Inhalte besteht dem Grundsatz nach nicht, sondern erst bei Hinzutreten der positiven Kenntnis des Providers über die aus Gründen der allgemeinen Gesetze rechtswidrigen Inhalte und Handlungen.¹⁴
- 12 **IT-Sicherheit und Datenschutz** sind selbstverständliche Leistungskomponenten. Am 25.7.2015 ist das **IT-Sicherheitsgesetz 1.0** und am 28.5.2021 das **IT-Sicherheitsgesetz 2.0** in Kraft getreten. Provider fallen als Telekommunikationsunternehmen und/oder Anbieter von digitalen Diensten in den Anwendungsbereich.¹⁵ § 13 Abs. 7 TMG verpflichtet geschäftsmäßige Anbieter von Telemediendiensten daneben zur Umsetzung von Sicherheitsmaßnahmen. Diensteanbieter haben in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich durch technische und organisatorische Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass auf die jeweiligen techni-

⁶ ABl. L 337/11 v. 18.12.2009; → § 31 Rn. 73/83 Universaldienste; → § 36 II. Allgemeine Datenschutzanforderungen an die Ausgestaltung von Websites.

⁷ EU Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance), PE/30/2022/REV/1.

⁸ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance), PE/30/2022/REV/1.

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), COM/2022/68 final.

¹⁰ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES ZUR FESTLEGUNG HARMONISierter VORSCHRIFTEN FÜR KÜNSTLICHE INTELLIGENZ (GESETZ ÜBER KÜNSTLICHE INTELLIGENZ) UND ZUR ÄNDERUNG BESTIMMTER RECHTSAKTE DER UNION, COM/2021/206 final.

¹¹ → § 7 Rn. 1 ff.

¹² → § 42 Rn. 48 ff.

¹³ LG München I 1.2.2018 – 7 O 17752/17 OLG München 14.6.18 – 29 U 732/18, Netzsperrung gegen Internet-Access-Provider, MMR 2018, 832.

¹⁴ → § 42 Rn. 48 ff.

¹⁵ → Verweis im Handbuch

schen Einrichtungen der angebotenen Telemedien kein unerlaubter Zugriff möglich wird und diese gegen Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten und gegen Störungen und Angriffe von Außen gesichert sind.¹⁶

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) gelten für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, besondere Complianceanforderungen und Handlungsbedarf hinsichtlich des Sperrens rechtswidriger Inhalte, die den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 185 bis 187, 201a, 241 oder 269 StGB erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.¹⁷

2. Vertragsrechtlicher Rahmen

In vertraglicher Hinsicht sind insbesondere die folgenden **Vertragstypen** relevant, wobei diese oftmals zur Abdeckung des Leistungsspektrums nicht idealtypisch zur Anwendung kommen, sondern als gemischte Verträge mit unterschiedlichen Schwerpunkten:

- Mietvertrag;
- Dienstvertrag;
- Werkvertrag;
- Geschäftsbesorgungsvertrag;
- Kaufvertrag

mit den Besonderheiten der §§ 327 ff. BGB für digitale Produkte, d.h. Inhalte und Dienstleistungen gegenüber Verbrauchern, welche auf alle Vertragstypen Anwendung finden.

Schwerpunktmäßig unter mietvertraglichen Aspekten zu betrachten sind zum Beispiel Domainverträge, die Vermietung von Webservern oder Speicherplatz sowie das Bereitstellen von ASP-Lösungen (Application Service Providing),¹⁸ auch in Form von Apps als Whitelabel Anwendungen.¹⁹ Die Zugangsprovider erbringen Dienstleistungen ebenso wie Email-Account-Anbieter. Die Erstellung einer Webpräsenz wird zumeist unter dem Dach eines Werkvertrages ausgestaltet sein. Kauf- oder mietvertragliche Elemente finden sich beim Erwerb/der Nutzung zum Beispiel einer Lizenz eines Content-Management-Systems für den Aufbau und die Pflege einer Webpräsenz oder aber bei der Übertragung von Domainregistrierungen sowie Content-Elementen.

Daneben sind die Bestimmungen des Fernabsatzes und Verbraucherschutzes im Endkundengeschäft²⁰ relevant sowie Besonderheiten, welche sich aus dem Datenschutzrecht²¹ sowie dem Telekommunikationsrecht,²² dem Telemedienrecht²³ und dem grenzüberschreitenden²⁴ Angebot an sich ergeben.

Oft werden Provider-Leistungen über sogenannte Reseller angeboten, dh der Vertrag kommt mit einem Anbieter zustande, der selbst die Hosting-Leistungen bei einem Dritten Anbieter beschafft. Hierbei ist zu beachten, dass die Zuverlässigkeit und Professionalität der Reseller manchmal nicht an das heranreicht, was der dahinter stehende Anbieter seinen Direktkunden bieten kann. Die Web-Design-Agentur die zB als Reseller von Domains und Web-Hosting fungiert, übernimmt die Leistungspflichten, Mängelhaftung und Haftung gegenüber den Kunden und kann sich selbst wiederum nur an den Anbieter wenden, d.h. nicht selbst die vertragsgemäße Leistung erbringen und hierfür tatsächlich einstehen. Im Mangel- oder Schadensfall führt dies zur kundenseitigen Inanspruchnahme, für welche ggf.

¹⁶ → § 33 Rn. 1 ff.; Gerlach CR 2015, 581–589; Rath/Kuß/Maiworm CR 2016, 98–103; Schwartz/Peifer CR 2017, 165–174.

¹⁷ → § 42 Rn. 1 ff.; → § 28 Rn. 1 ff.

¹⁸ → § 13 Rn. 1 ff.

¹⁹ → § 28 Rn. 1 ff.; Lachenmann, Entwicklungsverträge für mobile Apps, IIRB 2013, 190–195.

²⁰ → § 42 Rn. 1 ff.

²¹ → § 34 Rn. 1 ff., → § 36 Rn. 1 ff. Datenschutz, Datenschutz der Telemedien.

²² → § 31 Rn. 1 ff. Telekommunikationsrecht.

²³ Mantz/Sassenberg DSRITB 2014, 699; Frey MMR 2014, 650.

²⁴ → § 23 Rn. 1 ff. Internationales Privatrecht. → § 8 Rn. 1 ff. Internationales Immaterialgüterrecht.

weder vertraglich noch durch entsprechenden Versicherungsschutz Vorsorge getroffen ist. Der Reseller unterliegt oftmals dem Irrtum, er würde die Leistungen des Anbieters lediglich durchreichen, also vermitteln, ohne ein eigenes Leistungsversprechen übernommen zu haben.

III. Vertragstypen

- 18 Anhand der typischen Leistungsbestandteile der Angebote der Internetserviceprovider folgt eine überblicksartige Vorstellung der Vertragstypen mit Hinweisen und Checklisten zur Vertragsgestaltung sowie den Querverweisen über Haftungsrisiken und zu speziellen Angeboten wie Apps, Plattformen, Chatbots, Metavers und Internet of Things.

1. Access-Provider (ZugangspProvider)

- 19 Hauptleistungspflicht eines Access-Providers ist die Bereitstellung und dauerhafte Bereithaltung des **Zugangs zum Internet**. Die Leistung „Herstellen der Internet-Konnektivität“ ist technisch die Anschlusseinrichtung sowie der Transfer von Internet Protocol Paketen (IP-Paketen) von einem Endgerät oder Netzwerk in und aus dem Internet. Dieser Transfer kann über Funktechnik bzw. die mobilen Verbindungen GSM, EDGE, GPRS (zusammen 2G), HSDPA und UMTS (zusammen 3G) sowie LTE (4G) oder Long Range Wide Area Network,²⁵ Standleitungen (VPN, MPLS) und routerbasierte Breitbandzugänge per Digital-Subscriber-Line (DSL), Very High Speed Digital Subscriber Line (VDSL), Glasfaser, Router für Kabelfernsehnetze oder über Trägerfrequenzanlagen zum Beispiel das Stromnetz erfolgen.
- 20 Je nach Größe des eigenen Netzes des Providers im Internet unterscheidet man Anbieter in der Kategorie Tier-3 (kleine lokale Provider zum Beispiel für ein Stadtgebiet), welche die sogenannte letzte Meile bedienen und sich auf den Anschluss an die Provider der höheren Kategorien verlassen müssen. Tier-2 (Betreiber von großen, wichtigen, überregionalen Netzwerken zum Beispiel eines Landes oder eines Kontinentes) sind auf den Datenaustausch mit Tier-1 (Betreiber von globalen Internet-Backbones, einschließlich Überseeleitungen und Satelliten) angewiesen.²⁶ In seltenen Ausnahmefällen sind auch Access-Provider erfolgreich Ziel von Sperransprüchen sein.²⁷
- 21 Internetverbindungen für private Teilnehmer sind in der Regel nur mittels eines **Dienstleistungsvertrags mit einem Internetzugangsanbieter** (ISP) möglich. Dabei gibt es verschiedene Varianten der **Tarifierung** sowie ggf. Begrenzungen hinsichtlich des Datenvolumens (zB: Grundtarife zzgl. Datenabrufentgelt, Flatrates, Internet-by-Call-Verbindung). Daneben hat sich das Angebot von teilweise kostenfreien²⁸ Zugangsmöglichkeiten in Gastronomie etc. über **Hotspots** etabliert.
- 22 Die Verbindung wird technisch über einen Einwahlknoten oder einen Breitband-*Point of Presence* (PoP) und einen kundenseitig installierten Router aufgebaut. Leitungsgebundener Zugang erfolgt über die Telefonteilnehmeranschlussleitung oder das TV-Kabelnetz. Der einzelne Rechner oder das lokale Netzwerk werden drahtgebunden per Kabel (Twisted Pair Kabeltypen: CAT-5/CAT-6/CAT-7/CAT-8), kabellos per Wireless LAN, per Funk über Bluetooth oder über zB das Stromnetz mit dem Zugangsendgerät verbunden. Der **Datendurchsatz des Datenaustauschs** wird mit Bit pro Sekunde (bit/s oder b/s) bemessen. Im DSL-Standard werden mindestens 1024 kbit/s (kilobit/s) in Download- und 128 kbit/s in Uploadrichtung übertragen. Im VDSL-Standard sind Übertragungsgeschwindigkeiten von 52

²⁵ BeckFormB IT-R/Imhof Form. E.1. Access-Vertrag.

²⁶ Tier bedeutet dabei aus dem Englischen „Rang“.

²⁷ Waiblinger/Jaworski MMR-Beil. 2019, 7 ff.; Hennemann, Moritz ZUM 2018, 754; BGH 26.7.2018 – I ZR 64/17 – Dead Island; BGH 13.10.2022 – IZR11121 I ZR 111/21 – DNS-Sperre; Kraetzig ZUM 2023, 181 ff.

²⁸ Vgl. Mantz/Sassenberg S. 705 f.; → § 42 Rn. 1 ff. Verantwortlichkeit.

MBit/s in Empfangsrichtung (Downstream) und 11 Mbit/s in Senderichtung (Upstream) typisch, für Glasfaser im Download 100 bis 1.000 MBit/s und im Upload 50 bis 200 MBit/s.

a) **Die Leistungspflichten im Endkunden-Zugangsvertrag.** Die vorangestellte technische Beschreibung umreißt die vertragstypischen Leistungen des Access-Providers: 23

- Ersteinrichtung/Herstellen des Netzzugangs über Einwahlknoten/Funkzellen;
- Unterhalt der Datenleitungen oder -verbindungseinrichtungen;
- Bereitstellung eines Endgerätes einschließlich Gerätetreiber (optional);
- Installation (optional);
- Verbindungsaufbau und -abbau;
- Datendurchsatz;
- Abrechnung je nach Tarifierung;
- technischer Support.

Der Vertrag muss Angaben zur Zugangsart und eine Beschreibung des Zugangs zum Internet enthalten. Sinnvoll ist die Abgrenzung zu nicht umfassten Anschluss-/Installationsleistungen sowie ggf. die Aufnahme von Hinweisen darauf, welche Voraussetzungen anschlussseitig zur Zugangsvermittlung bereitgestellt sein müssen. Ferner ist ein wichtiger Leistungsparameter der Datendurchsatz. Access-Provider-Verträge sind keine digitalen Dienstleistungen iSd § 327 Abs. 2 Nr. 1 BGB. 24

Ein Vertrag über eine solche **reine Zugangsgewährung** ist nach den Entscheidungen des BGH²⁹ als **Dienstvertrag** zu qualifizieren. Zu dieser Einordnung gelangt der BGH, da dem Kunden es anders als in einer mietvertraglichen Verpflichtung nicht darauf ankommt, auf welche Art und Weise und unter Nutzung welcher konkreten technischen Einrichtungen der Internetzugang ermöglicht und aufrechterhalten wird. Die Aspekte der regelmäßig nach Zeitabschnitten bemessenen Vergütung sowie der Vorausleistungspflicht für die Zugangsgewährung treten als Elemente eines Dauerschuldverhältnisses bei der vertragstypologischen Einordnung in den Hintergrund.³⁰ Gegen eine werkvertragliche Einordnung, welche sich wegen der Hauptleistungspflicht „Zugang zum Internet“ aufdrängt, spricht, dass der Provider jeweils nur für seine eigenen Zugangseinrichtungen einstehen kann, aber nicht für die Verfügbarkeit des Internets an sich. Ferner ist die Hauptleistungspflicht des Providers auf die Herstellung des Zugangs sowie die Aufrechterhaltung der Verbindung und den Transport von IP-Datenpaketen gerichtet. Dies ist insgesamt eher als Tätigkeit des Providers zu qualifizieren, bei der die Erfolgsorientierung iSd § 631 Abs. 2 BGB regelmäßig in den Hintergrund tritt. Der BGH zieht hier ferner die parallele Wertung für Mobil- und Telefonanschlussverträge heran, bei denen wie beim Internetzugang der Zugang zu Mobil- und Telefonnetzen dienstvertraglich qualifiziert wird.³¹ 25

Verträge über Zugangsverschaffung ohne weitere Leistungsbestandteile sind demnach grundsätzlich nach dem **Dienstvertragsrecht (§§ 611 ff. BGB)** zu gestalten und nach dessen typischen Regelungsgehalten bei der AGB-Kontrolle zu bewerten.³² Die Anwendung der dienstvertraglichen Regelungen führt zu folgenden Feststellungen: 26

- kein vertragstypisches Mangelrecht;
- Anwendbarkeit der Regelungen zur Pflichtverletzung der §§ 280 ff. BGB;
- vertragliche Regelungen zur Nacherfüllung technisch und AGB-rechtlich problematisch;
- geschuldet ist das Bemühen um die Zugangsgewährung;
- Kündigungsrecht richtet sich nach §§ 621, 626, 314 BGB.

Die BGH-Entscheidungen gehen davon aus, dass der Provider eine jederzeitige – ggf. mit Schwankungen in der Bandbreite – Verfügbarkeit des Internetzugangs nicht schuldet. Der 27

²⁹ BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, NJW 2005, 2076; BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449; AG Kehl 4.2.2013 – 5 C 441/12; Schöttler jurisPR-ITR 5/2013 Anm. 2; Der Leistungsbestandteil Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung ist werkvertraglich zu qualifizieren; BeckOGK/Merkle BGB § 631 Rn. 327.

³⁰ Vgl. Mantz/Sassenberg, WLAN und Recht; anders Bischof/Schneider ITRB 2005, 214.

³¹ BGH 12.2.2000 – XI ZR 138/99, MMR 2001, 225; so auch Redeker ITRB 2003, 82; Schuster CR 2006, 444; LG Karlsruhe 12.1.2007 – 13 O 180/04 KfH I – mAnm Junker, jurisPR-ITR 22/200 für den Web-Hosting Anbieter.

³² Anders kann dies sein, wenn weitere Leistungen hinzutreten oder aber individuelle Vertragsgestaltungen außerhalb des Standardkundengeschäfts gefunden werden.

Kunde erwartet dies zwar, aber auch geringfügige Zeiten der Nichtverfügbarkeit sind vom Kunden als vertragsgemäße Leistung hinzunehmen, auch wenn deren Ursachen technisch bedingt im Einflussbereich des Anbieters liegen. Der Provider formuliert ein **Bemühen als Leistungszusage**, wobei aber AGB-rechtlich Leistungseinschränkungen nicht pauschal über prozentuale Verfügbarkeiten ohne Darstellung technischer und organisatorischer Abhängigkeiten erfolgen dürfen. Solche generellen Verfügbarkeitseinschränkungen unabhängig von den Ursachen der Nichtverfügbarkeit sind intransparent und daher unwirksam.³³ Die Verfügbarkeit an sich ist also anders als in individuell verhandelten Verträgen mit Groß- oder Unternehmenskunden nicht in Form von Service Level Agreements (SLA) pauschal vereinbar. Das Pendant zur noch vertragsgemäßen Leistungseinschränkung mit Ursache im Verantwortungsbereich des Anbieters ist dessen Verpflichtung im Streitfall den Beweis zu führen, dass technisch bedingte Leistungseinschränkungen organisatorisch nicht weiter zu minimieren waren.

- 28 Im Interesse des Providers ist es, wenn der Kunde nicht wegen kurzfristiger Leistungsstörungen den Vertrag kündigen kann. Grundsätzlich ist eine Schlecht- oder Nichterfüllung im Dienstvertragsrecht zwar als wichtiger zur **Kündigung nach §§ 314, 626 BGB** berechtigender Grund anzusehen. Aber unter Berücksichtigung des Leistungsinhaltes ist wegen der Vielschichtigkeit der technischen Dienstleistung eine einmalige, kurzfristige Störung im Zugang weder technisch ausschließbar, noch als nachhaltige Störung der Leistung anzusehen. Ein außerordentliches Kündigungsrecht wird daher nur bei einer Störung von Dauer, häufigen Störungen oder dauerhaft vermindertem Datendurchsatz anzunehmen sein.³⁴ Der Kunde kann von seinem außerordentlichen Kündigungsrecht nur dann Gebrauch machen, wenn er die Störungen, die Nichtverfügbarkeit oder die Verringerung im Datendurchsatz dokumentiert und mit Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit darlegen kann. Hinzu kommt die kurze Reaktionszeit, da er sein Kündigungsrecht unverzüglich auszuüben hat. Allerdings hat er bei Ausübung des Kündigungsrechts die Erleichterung, dass der Provider sich zu entlasten, dh die **hinreichende technische und organisatorische Ausstattung**, gemessen an der seitens seines Kunden nachgefragten Kapazität, nachzuweisen hat.
- 29 Einige Access-Provider gehen dazu über, besondere Serviceleistungen und zum Beispiel Reaktionszeiten und Zeitspannen für die Entstörung in ihre Leistungsbeschreibungen aufzunehmen. Mit diesen Nebenleistungen und Rahmenbedingungen für die erstmalige Bereitstellung des Zugangs, der Störungsmeldung und -beseitigung lenken die Anbieter über die Leistungsbeschreibungen das Regime der Pflichtverletzungen in serviceorientierter Art und Weise. Bei solchen Vorgaben ist zu beachten, dass weder das dem Kunden zustehende außerordentliche Kündigungsrecht noch Schadensersatzansprüche beschnitten werden, sonst sind diese Regelungen nicht AGB-kontrollfest. Oftmals bezeichnen die Anbieter diese Serviceleistungen als Garantien und haben dann auch nach § 479 gegenüber Verbrauchern und allgemein nach § 443 BGB verschuldensunabhängig einzustehen.
- 30 Insbesondere ein am Anschlussort auch von vornherein verringert verfügbarer **Datendurchsatz** ist Streitpunkt in Access-Provider-Verträgen. Der Kunde schließt einen Vertrag ab, welcher ihm einen Datendurchsatz von zum Beispiel „bis zu 16 Mbit/s“ bei DSL verspricht. Bei Bereitstellung ist am Anschlussort des Kunden ein solcher Datendurchsatz mangels hinreichender Dimensionierung seitens des Providers nicht verfügbar. Der Provider kann sich bei einer erheblich unter dem beschriebenen Datendurchsatz liegenden Zugangsgeschwindigkeit nicht auf seine Leistungsbeschreibung mit „bis zu“ berufen.³⁵ Der klauselartige Leistungsvorbehalt hinsichtlich des Datendurchsatzes ist nur im Hinblick auf technisch bedingte und im Rahmen des Üblichen gegebene Schwankungen wirksam. Dem Kunden steht ein außerordentliches Kündigungsrecht dann zu, wenn der Provider bei Vertragsschluss die Verfügbarkeit der gewünschten Datendurchsatzgeschwindigkeit am Standort des Kunden bejaht hat, anschließend aber nicht bereitstellt. Dies ergibt sich zudem direkt daraus, dass die

³³ BGH 12.2.2000 – XI ZR 138/99, MMR 2001, 225 mAnm Struck.

³⁴ Gey K&R 2005, 120 (124 ff.); AG Bad Segeberg 17.11.2016 – 9 C 210/14, Paschke jurisPR-ITR 19/2017 Anm. 3; LG Köln 30.10.2013 – 26 O 211/13, MMR 2014, 137.

³⁵ AG Fürth 7.5.2009 – 340 C 3088/08, MMR 2009, 872.

bereitgestellte Geschwindigkeit jedenfalls deutlich über dem liegen muss, was der in der nächsten Abstufung darunterliegende Tarif an Datendurchsatz zusagt. Der Provider sollte seine Angaben bei Vertragsschluss entsprechend zurückhaltend formulieren. Andernfalls besteht möglicherweise das Recht zur außerordentlichen Kündigung ergänzt um Schadenersatzansprüche.

Beispielklausel zum Datendurchsatz:

Die am Standort des Kunden bereitstellbare maximale Datendurchsatzgeschwindigkeit/Bandbreite hängt von der physikalischen Qualität der Anschlussleitungen ab. Der Access-Provider kann auf Basis von Vergleichswerten nahegelegener Anschlussorte bei Vertragsschluss eine Einschätzung abgeben, welche maximale Datenübertragungsgeschwindigkeit erreicht werden kann. Der Access-Provider bietet verschiedene Mindestbandbreiten. Kann nach Anschlussherstellung die vereinbarte Mindestbandbreite nicht bereitgestellt werden, steht dem Kunden das Wahlrecht zu, ob er eine Tarifvariante auf einer niedrigeren Bandbreitenstufe nutzen möchte oder aber vom Vertrag zurück tritt.

b) Vergütungsvarianten. Leistungen der Access-Provider werden in verschiedenen Vergütungsvarianten bereitgestellt, welche zum Teil auch Rückwirkung auf die Art und Weise der Leistungserbringung haben: 31

- Grundgebühr und Zugangsentgelt nach Zeit oder Datenvolumen;
- Zugangsentgelt nach Zeit oder Datenvolumen ohne Grundgebühr/Internet-by-Call;
- Flatrates;
- kostenlos zum Beispiel über Hotspots.

Die AGB-rechtliche Beurteilung sowie Fragen der Abrechnung und der vertraglich geschuldeten Leistungserbringung sind hier parallel mit den Telekommunikationsverträgen zu beantworten.³⁶ 32

Die Bereitstellung von Hot-Spot-Netzen/Hotspots wirft insbesondere haftungsrechtliche³⁷ 33 und IT-/Datensicherheitsfragen³⁸ auf. Dabei spielt an sich die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des WLAN-Zugangs keine Rolle.

c) Pflichten des Kunden. Der Anbieter kann in AGB vorgeben, dass der Kunde nicht berechtigt ist, seinen Internet-Zugang entgeltlich oder unentgeltlich Dritten dauerhaft zur Verfügung zu stellen. Mit dem Aufkommen von Hot Spots hat die Vorgabe „Dem Kunden ist es nicht gestattet, den Internet-Zugang Dritten zum alleinigen Gebrauch zu überlassen oder bereitzustellen.“ an Bedeutung gewonnen. Damit macht der Access-Provider deutlich, dass er der Einrichtung eines Hot Spots unter dem betreffenden Tarif nicht zustimmt. Bei Endkundertarifen ist aber auch ohne eine ausdrückliche Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Access-Provider dem Endkunden nicht den Betrieb eines öffentlichen Hotspots ermöglicht.³⁹ Nutzt der Provider die den Kunden zur Zugangsermöglichung bereitgestellten Router dazu, mit einem weiteren WLAN-Signal seinen Kunden WifiSpots flächendeckend anzubieten, so muss vertraglich vorgesehen sein, dass der einzelne Kunde das zusätzliche WLAN-Signal ausschalten kann („Opt-out“).⁴⁰ 34

d) Die Leistungspflichten im individuellen Zugangsvertrag WAN-/VPN-/MPLS-Verträge. 35
Ausfallsichere Internetverbindungen sind heutzutage für viele Unternehmen unentbehrlich. Anders als im Endkundengeschäft und bei Nutzung des chaotischen Internets beanspruchen Unternehmenskunden mit mehreren Standorten, bei Nutzung von Cloud- und Outsourcing-Lösungen und/oder kritischen sowie risikobehafteten Datenströmen zum Beispiel auch zur Datensicherung von Internet-Service-Providern eine stabile, stets verfügbare Konnektivität. Wenn schnelle und ausfallsichere Internetverbindungen benötigt werden, greifen Unterneh-

³⁶ → § 31 Rn. 1 ff. Telekommunikationsrecht; Schuster CR 2006, 444 (447); Mantz/Sassenberg DSRITB 2014, 699.

³⁷ → § 42 Rn. 1 ff. Verantwortlichkeit; vgl. Frey MMR 2014, 650; OLG Köln 18.7.2014 – 6 U 192/11 – Zur Unzumutbarkeit einer Sperrverpflichtung eines Access-Providers; BGH 24.11.2016 – I ZR 220/15 – Zur Sicherungspflicht des Inhabers eines Funknetzwerkes mit Internetzugang, Anm. Rössel ITRB 2017, 180–182; Jaeschke MMR 2017, 221–226; Klingbeil/Notz DRiZ 2017, 120–121; Bisle/Frommer CR 2017, 54–63.

³⁸ → Verweis auf IT-Sicherheit VPN/verschlüsseltes WLAN

³⁹ Kaeding CR 2010, 164.

⁴⁰ OLG Köln 2.2.2018 – 6 U 85/17, CR 2018, 264–266.

men oftmals auf das *Multiprotocol-Label-Switching* (MPLS)-Verfahren zurück.⁴¹ Hierbei wird der IP-Datenverkehr in Carrier-gemäß geregelten Bahnen ausschließlich für den Auftraggeber verwaltet. Dabei kommen Label Edge Router zum Einsatz, welche die Pakete mit Markierungen (*Labels*) versehen, um den Datenverkehr auf festgelegten Routen (*Label-Switched Paths*) zielgerichtet zu leiten.

- 36 Hier schuldet der Provider die ständige Verfügbarkeit und der Verweis auf das Bemühen um die Konnektivität ist inakzeptabel. Vertragstypischer Leistungsgegenstand ist der Erfolg, die **Verfügbarkeit des Datennetzes**. Derartige Verträge sind Dauerschuldverhältnisse mit werkvertraglichem Charakter.⁴² Über Service Level Agreements⁴³ senken die Provider die geschuldete ständige Verfügbarkeit auf eine prozentuale Verfügbarkeit meist in den Bereich von 95–99 % ab.

37

Checkliste: Typische Vertragsstruktur eines Access-Provider-Vertrags

Zu den Regelungsinhalten eines typischen individuellen Access-Provider-Vertrages gehören je nach Branchen und Anforderungen an die Ausfallsicherheit folgende Punkte:

- Vertragsgegenstand mit Zielsetzung und Branchenbedingungen;
- Leistungsumfang mit Verweis auf eine konkrete technische und organisatorische Leistungsbeschreibung;
- Verfügbarkeit, Übertragungsgeschwindigkeit;
- Redundanz und Notfallplanung und -tests;
- Mitwirkungspflichten und Beistellungen sowie technische Voraussetzungen auf Kundenseite auch bauseits bzw. dessen weiteren Outsourcing-Partnern;
- Verweis auf Service Level Agreements sowie Monitoring und Reporting;
- Installation und Zutritts- und Zugriffsregelungen;
- Support und Service Hotline einschließlich Servicezeiten;
- Subunternehmerregelung;
- Nutzung und/oder Anbindung von Dritten;
- Preise und Zahlungsbedingungen;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen;
- Beendigungsunterstützung;
- Vertraulichkeit und Datenschutz und -sicherheit.

2. Host-Provider

- 38 Der Leistungsbereich der Host-Provider ist gekennzeichnet durch die Bereitstellung von Speicherplatz für die seitens des Kunden zur Veröffentlichung im Internet bestimmten Inhalte (*Web-Hosting*) oder Bereithalten von Datenbanken oder Softwareanwendungen für den Betrieb des Kunden (*Outsourcing/Server-Hosting*), *Webshop-Lösungen*⁴⁴ oder *Cloud-Angeboten*.⁴⁵ Unter diese Leistungskategorie fallen auch solche, bei denen der Provider technisch und organisatorisch geeignete Räume mit entsprechend leistungsfähigen Internetanschlüssen für das Aufstellen der kundeneigenen Server (*Server-Housing*) anbietet.
- 39 a) **Vertragstypologische Einordnung.** Sowohl dem Hosting als auch dem Housing ist eigen, dass die Leistungspflicht im Wesentlichen aus zwei Bereichen besteht, einmal dem Bereitstellen von Speicherplatz auf dem anbietereigenen Server⁴⁶ oder dem Überlassen eines Platzes als Aufstellort für die kundeneigenen Server. Zweitens schuldet der Anbieter die Anbindung an das Internet bzw. Abrufbarkeit nach und von dort oder über Datenleitungen.

⁴¹ → § 32 WAN-/VPN-/MPLS-Verträge.

⁴² Vgl. Bischof/Schneider ITRB 2005, 214 (215).

⁴³ Zu Inhalt, Sinn und Zweck von Service Level Agreements → § 17 Rn. 1 ff.

⁴⁴ → § 19 Rn. 1 ff. Outsourcing; → § 20 Rn. 1 ff. Webshop-Outsourcing.

⁴⁵ → § 22 Rn. 1 ff. Cloud-Computing; vgl. Wicker MMR 2012, 783.

⁴⁶ OLG Köln 14.1.2011 – 19 U 106/07 – zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Abrechnung eines Vertrags über die Bereitstellung eines dedizierten Servers.

Das TMG regelt die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter, welche **fremde Informationen speichern**, in § 10 TMG, gibt naturgemäß aber keine Anhaltspunkte für die vertragstypologische Einordnung.

Die Überlassung von Speicherplatz oder Raum ist vertragstypologisch dem Mietvertragsrecht nahe, die Anbindung an das Internet wiederum dem Access-Providing und damit dem Dienst- oder Werkvertragsrecht. Da die Hauptleistungspflichten untrennbar miteinander verbunden sind, ist nach den Grundsätzen der gemischten Verträge eine Zuordnung zu den Vertragstypen des BGB nach dem Schwerpunkt der vertraglichen Leistung vorzunehmen.

b) Typische Vertragsinhalte beim Server-Housing. Bei einem Server-Housing geht es schwerpunktmäßig um den sicheren⁴⁷ Aufstellungsort für den kundeneigenen Server.⁴⁸ Eine Form des Housings ist das sog. Colocation, bei dem der Kunde einen Anteil an einem Serverrack anmietet, um seine 19“ Racks dort einzubringen und in sicherer Umgebung zu betreiben. Der Housing-Vertrag ist mietvertraglich einzuordnen,⁴⁹ da mit der Auswahl des konkreten Aufstellortes für den Server in modernen Rechenzentren, also die Auswahl der Racks, ein Mietraum Vertragsinhalt ist. Nebenleistungen sind typischerweise Unterstützung beim Aufstellen, Einbringen und Installieren der Hardware des Kunden, der (redundante) leistungsstarke Stromanschluss, die Internetanbindung,⁵⁰ Back-ups, Managing des Servers je nach Leistungsauswahl nach verschiedenen Service Level Agreements (SLA), betriebssichere Umgebung hinsichtlich Einflüssen und Angriffen von außen, Zutrittskontrollen, Zertifizierungen und Versicherung.

Checkliste: Typische Vertragsinhalte eines Housing-Vertrags

Typische Leistungsinhalte:

- Ort, ggf. Teil, Stockwerk, Raum des Rechenzentrums;
- Art und Größe des Mietplatzes, dh zB Stellfläche für die Serverschränke des Kunden; Steckplätze in den Racks des Anbieters;
- Art der Stromversorgung (Leistung, Redundanz, Absicherung gegen Schwankungen und Stromausfall durch unterbrechungsfreie Stromversorgung ggf. durch USV);
- Klimatisierung (Temperatur, Luftfeuchtigkeit), Reinheit (Staub), Brandschutz;
- ggf. räumliche Abtrennung von Systemen anderer Kunden;
- Zugangsregelungen zu den Rechenzentren und Kundenbereichen;
- Back-up, Datensicherung, physische Trennung von gespiegelten Systemen;
- Anbindung an das Internet, Verfügbarkeit, Übertragungsgeschwindigkeit;
- Kennzeichnung des Eigentums des Kunden zur Insolvenzfestigkeit.

Typische weitere vertragliche Regelungen:

- Preise und Zahlungsbedingungen;
- Mängelhaftung, Haftung, Haftpflicht- und Cyber Risk Versicherung;
- Mitwirkungspflichten wie zB Kompatibilität der Hardware mit den Serverracks, dem Stromanschluss und der Internetverbindung;
- Inklusivdatenvolumen bzw. Kosten des Datentrassings einschließlich Mess-, Berechnungs- und Nachweismethoden (Reporting, Monitoring);
- Unterstützungsleistungen bei Erstinstallation, Wartung, Reparatur und Austausch;
- Remote-Zugriff für den Kunden; Managed Services durch den Anbieter;
- IT-Sicherheitsmaßnahmen, Sicherheitsrichtlinien; Notfallplanung;
- Identifizierung der zugangsberechtigten Mitarbeiter des Kunden und Zugangsregelungen und -zeiten sowie Anlieferungslogistik und Entsorgung;
- datenschutzrechtliche Regelungen zur Videoüberwachung und Zutrittskontrolle;
- Nachweis von Audits/Zertifizierungen;

⁴⁷ OLG Frankfurt 31.10.2008 – 2 U 244/07 – Zur Berechnung des Schadensersatzes für einen Server.

⁴⁸ Beck FormB-IT/Imhof Form. E.3. Housing-Vertrag.

⁴⁹ Redeker ITRB 2003, 82 (85); Klett/Pohle DRiZ 2007, 198 (202 f.); Roth/Haber ITRB 2007 21–23.

⁵⁰ OLG Düsseldorf 26.2.2003 – I O 116/02 – zur Frage der Beweislast des Anbieters bei Abrechnung der Datenvolumina.

- ggf. besondere vertragliche Regelungen zur Sicherung der Beschlagnahmefreiheit und/oder Herausgabeverfahren an Behörden und/oder aufgrund Verfügungsbeschluss oder vollstreckbarem Titel und Vertraulichkeitsverpflichtung;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen;
- Herausgabe, Entsorgung bei Vertragsende bei ordentlicher Beendigung; bei außerordentlicher Beendigung Aufbewahrungspflichten und Recht zur Vernichtung.

c) **Typische Vertragsinhalte beim Server-Hosting.** Das Server-Hosting umfasst zwei wesentliche Leistungskomponenten. Der Provider hat dem Kunden auf einem Server, mit den vereinbarten technischen Merkmalen, in seinem Rechenzentrum den vereinbarten Speicherplatz zur Verfügung zu stellen. Dies erfolgt im Standard über das Teilen von Speicherkapazitäten an viele Kunden oder aber als dediziert zugewiesene Server für spezifische Kunden. Die zweite Leistungskomponente ist wieder die Herstellung der Abrufbarkeit entweder nur für die betriebsinterne Nutzung des Kunden oder aber zum Abruf von Inhalten und Services über das Internet auch durch Dritte.⁵¹ Die Anforderungen an Kapazität, Geschwindigkeit, Sicherheitsfeatures und Verfügbarkeit variieren dabei nach den geplanten Einsatzszenarien vom einfachen Datenbanksystems zur Ablage des Datenbestandes eines Warenwirtschaftssystems, zur Bereitstellung eines Plattformangebotes wie zB einen Streamingdienst, verschlüsselte Datensicherungsablage zur Verbesserung der Zuverlässigkeit des eigenen Back-Up, den Aufbau resilienter hochsicherer Infrastrukturen und den Einsatz von Standardbetriebssystemen oder –anwendungsprogrammen und Cloud-Diensten.⁵²

In Abhängigkeit von den Anforderungen und Einsatzwünschen der Kunden bieten die Provider standardisierte Server-Hosting-Pakete an, welche über Standardverträge gebucht werden und Regelungen zu Service Levels umfassen. Vertragstypische Leistungen sind die dauerhafte Bereitstellung für die Vertragslaufzeit des Server-Speicherplatzes bzw. eines dedizierten Servers und die Aufrechterhaltung der Anbinde zum Up- und Download sowie Aufruf über die kundeneigenen Systeme oder im Internet. Die Leistungsqualität ergibt sich für das reine Server-Hosting aus der Leistungsbeschreibung als die Beschaffenheit der Mietsache und für die Erreichbarkeit nach den dienstvertraglichen Qualitätsvereinbarungen für das Access-Providing.

Typische Risiken des Server-Hostings sind die Unerreichbarkeit der extern gehosteten Systeme, der Bedarf, die eigenen Systemen den sich ändernden Standards des Server-Hosting-Providers anzupassen oder Alternativen für wegfallende Features zu finden, die IT-Sicherheit, des Datenschutzes einschließlich der erforderlichen AVV ggf. auch mit einem Subunternehmernetzwerk, die Datensicherung sowie die Migration von Daten zum Vertragsende und die Erreichbarkeit und Qualität des Kundensupports sowie anwendbares Recht. Diese Risiken bestehen auch bei extern gehosteten Cloud-Computing-Leistungen. Ein besonderer Augenmerk soll an dieser Stelle die mietvertragliche Bereitstellung des Servers bzw. der Serverkapazität sein einschließlich der Vorsorge für den Haveriefall.

Die mietvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung ergibt sich einmal aus den gewählten Leistungsparametern und der allgemeinen Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch anfänglich und für die Dauer der Vertragslaufzeit. Sicherheit beim Hosting setzt sich aus vier Bereichen zusammen. Die Sicherheit der Rechenzentren, die der Hosting-Provider gewährleisten muss, umfasst die Gebäudesicherheit einschließlich Brandschutz, ausfallsichere Stromversorgung und Klimatisierung, Der zweite Bereich, auf den der Hosting-Kunde keinen Einfluss hat, ist die Sicherheit des Netzwerks beim Provider mit dessen Maßnahmen zur Abwehr von Cyber-Angriffen und Schadprogrammen durch Firewalls und Intrusion-Prevention. Dem Hosting-Kunden dienen zur Überprüfung der Qualität Zertifizierungen und Prüfsiegel. Eine weitere Einflussnahme ist nur durch Wahl von Hosting-Angeboten möglich, die besondere Schutzmaßnahmen als Leistungsmerkmale umfassen. Der dritte Bereich ist die Produktsicherheit durch Backups, Betriebssystem- und Software-Updates und

⁵¹ Beck FormB-IT/Imhof Form. E.2. Hosting-Vertrag.

⁵² → Verweis auf Kapitel Cloud-Computing.

Maßnahmen der Systemüberwachung mit Monitoring und Reporting sowie im Bedarfsfall Service und Support. Hier liegt der Schwerpunkt der Eigenverantwortung des Kunden, da er durch Zusatzleistungen und Wahl höherwertiger Hosting-Angebote wesentlich Einfluss nehmen kann durch Vorsorgemaßnahmen vor Verlust von Daten. Die vierte Ebene ist die administrative Sicherheit des gehosteten Projektes, welche vom Kunden allein verantwortet wird.

Im Spannungsfeld zwischen Eigenvorsorge und Tauglichkeit der allgemeinen Sicherheitsmaßnahmen stellen sich die Fragen der Minderung und des Schadensersatzes bei Datenverlust. Die Rechtsprechung zur Verpflichtung der Kunden zur Sicherung ihrer eigenen Daten und dem Wegfall der Annahme von übergeordneten Sorgfaltsverpflichtungen des Dienstleisters hinsichtlich des Back-Up-Managements und der Informationspflichten des Anbieters zu anzeigen Vorsorgemaßnahmen, stellt für den Kunden Hürden auf, will er den Provider wegen Datenverlustes in Anspruch nehmen.⁵³ Dem Provider muss mindesetens grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden können hinsichtlich der technischen und organisatorischen Sicherungsmaßnahmen. 47

Der Fall des Brands des Cloud-Rechenzentrumsstandortes in Straßbourg im Jahr 2021 veranschaulicht,⁵⁴ dass ein im selben Brandabschnitt gespeichertes Back-Up ein Risiko ist, auch wenn im konkreten Fall Maßnahmen der Schadensminimierung an dem Rechenzentrum durch den Hosters selbst zum Verlust von Daten in zwei getrennten Brandabschnitten führte. Wie allgemein bei ausgelagerter Datenverarbeitung sollte das Unterhalten von Sicherungen auf eigenen oder Systemen Dritter je nach Wert und Kritikalität der Daten erwogen werden. 48

c) **Typische Vertragsinhalte beim Website-Hosting.** Für den Fall, dass das Bereitstellen einer Website zum Abruf im Internet **Kern der vertraglichen Leistungspflicht** ist, kommt der BGH zu der regelmäßigen Einordnung eines Web-Host-Provider-Vertrags in die werkvertraglichen Regelungen.⁵⁵ Deshalb steht dem Kunden auch nach § 649 S. 1 BGB ein ordentliches Kündigungsrecht zu, welches nicht durch eine Mindestvertragslaufzeit ausgeschlossen werden kann.⁵⁶ Dem besonderen Charakter der Leistungsbeziehung kann durch AGB-rechtliche Regelungen entsprochen werden, wenn die Leistungspflicht im werkvertraglichen Sinne über die gesamte Laufzeit als Dauerschuld vereinbart ist. Andernfalls sind Regelungen zu finden, welche für den Fall der bestellerseitigen Kündigung die Rechtsfolgen des § 649 BGB ausgestalten.⁵⁷ Dem Werkvertrag eigen sind die Vorleistungspflicht des Werunternehmers und die fälligkeitsauslösende Abnahme seitens des Bestellers. Der gewünschte Zahlungsmodus zB monatlich im Voraus kann durch eine Abnahmefiktion der bereitgestellten Website bei Beginn des nächsten Zahlungszeitraums ausgestaltet werden. 49

d) **Sperrung von Inhalten beim Web-Hosting.** Internetprovider haften einerseits nach den allgemeinen Gesetzen mit den Einschränkungen des § 10 TMG für rechtswidrige Inhalte,⁵⁸ andererseits sind sie vertraglich zur **Veröffentlichung und Bereithaltung zum Abruf von Inhalten** über das Web-Hosting gegenüber ihren Kunden verpflichtet. Aus diesen widerstreitenden Anforderungen an die Leistungserbringung seitens der Web-Hoster ergibt sich zwar das Erfordernis, dass Anbieter schon vertraglich die Folgen der **Providerhaftung** erfassen und abbilden. Dies darf aber nicht so weit gehen, dass vertragliche Leistungspflichten einsei- 50

⁵³ → § 22 Rn. 40.

⁵⁴ Tribunal de commerce de Lille Métropole, jugement du 26 janvier 2023, Legalis | L'actualité du droit des nouvelles technologies | Tribunal de commerce de Lille Métropole, jugement du 26 janvier 2023.

⁵⁵ BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; Fritzmeyer NJW 2011, 2918; Schirnbacher BB 2010, 1047.

⁵⁶ BGH 27.1.2011 – VII ZR 133/10, NJW 2011, 915.

⁵⁷ OLG Düsseldorf 5.12.2013 – I 5 U 135/12, MMR 2014, 521; BGH 27.1.2011 – VII ZR 133/10, NJW 2011, 915 – Ausgleichsanspruch bei Kündigung eines sog. Internet-System-Vertrags.

⁵⁸ → § 42 Rn. 1 ff. Verantwortlichkeit für Inhalte im Internet; Nolte/Wimmers GRUR-Beilage 58, 2014; Obergfell NJW 2013, 1995; LG Hamburg 24.1.2014 – 324 O 264/11; OLG Hamburg – 7 U 14/14 (ohne Entscheidung erledigt), Pflicht zum Einsatz eines Filters zur Vermeidung zukünftiger Rechtsverletzungen im Internet; LG Köln, 29.9.2022 – 14 O 29/21.

tig abänderbar sind und jede behauptete Rechtsverletzung zur Durchsetzung der Sperrung des Zugriffs auf bzw. der Löschung der Inhalte über den Provider führt.

- 51 Grundsätzlich hat der Provider, will er eine weitergehende Haftung nach § 10 TMG vermeiden, rechtswidrige Inhalte zu entfernen, was beim Web-Hosting regelmäßig die Nichtabrufbarkeit der betreffenden Website bedeutet. Dem Provider obliegt dabei die **Beurteilung und Entscheidung über die Rechtswidrigkeit** zum Beispiel bei behaupteter Urheberrechtsverletzung oder Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte und zugleich müssen die Nutzungsbestimmungen derart ausgestaltet sein, dass die Rechte des Nutzers⁵⁹ und nur mutmaßlichen Verletzers bzw. des für die rechtswidrigen Inhalte Verantwortlichen gewahrt werden.⁶⁰ Entsprechendes gilt für die Sperrung von Nutzern und Nutzergruppen⁶¹ durch Diensteanbieter.

Praxistipp:

Der Web-Hosting-Vertrag sollte konkrete Regelungen zur Vorgehensweise enthalten, wenn der Provider wegen angeblich rechtswidriger Inhalte auf der von ihm für seinen Kunden gehosteten Website/Angebot Kenntnis erlangt.

Musterklausel: Sperren von Inhalten/Websites

- 52 Der Kunde verpflichtet sich, die Leistungen des Anbieters nicht zum Veröffentlichen und Zugänglichmachen von rechtswidrigen Inhalten im Internet zu nutzen. Erlangt der Anbieter Kenntnis davon, dass der Kunde dieser Verpflichtung zuwider handelt, so ist er entsprechend seiner gesetzlichen Verpflichtungen als Host-Provider zur Sperrung oder Löschung der Inhalte verpflichtet. Der Anbieter kann bei Verdacht auf rechtswidrige Inhalte den Kunden mit kurzer Frist zur Stellungnahme auffordern, bevor er den Zugriff auf die Inhalte sperrt. Gelingt dem Kunden binnen dieser Frist der Beweis der Rechtmäßigkeit der veröffentlichten Inhalte nicht bzw. legt er keine entsprechende Erklärung des mutmaßlich geschädigten Dritten vor, dass er die betreffenden Inhalte dulde, so sperrt der Anbieter die Inhalte. Verzichtet der Kunde auf das erneute Zugänglichmachen der Inhalte oder wird deren Rechtswidrigkeit rechtskräftig festgestellt, löscht der Anbieter diese endgültig. Der Anbieter wird für die Zeit der Sperrung oder Löschung von seiner Leistungspflicht frei. Der Kunde hat das vereinbarte Entgelt auch für die Zeitspannen der Sperrung oder Löschung zu entrichten.
- 53 Alternativ oder kumulativ kommt der Einsatz von **Filtersoftware** in Betracht.⁶² Hier darf zwar davon ausgegangen werden, dass der Einsatz von Filtersoftware dem Stand der Technik und den Branchengepflogenheiten entspricht, da aber damit bei Anschlägen des Filters möglicherweise eine Beeinträchtigung der Leistungserbringung verbunden ist, sollte dies vertraglich beschrieben sein. Filter arbeiten mittels eingespeicherter Suchwörter, deren Auffinden je nach Funktion und Einstellung des Filters zum automatischen Zurückhalten der entsprechenden Information führt. Die Leistungsbeschreibung kann erstens die Arbeitsweise und den Typ der eingesetzten Filtersoftware beschreiben und zweitens, ob eine **einzelfallbezogene Nachprüfung** der aussortierten Inhalte erfolgt. Im Zweifel sollte eine möglichst geringe Durchlässigkeit des Filters gewählt werden, um das Risiko der Providerhaftung zu

⁵⁹ Ein Nutzer, der Mitglied einer gesperrten Gruppe ist, ist aktiv legitimiert, die Entsperrung geltend zu machen, LG Aachen 1.9.2020 – 8 O 226/19.

⁶⁰ Redeker ITRB 2008, 227; BGH 29.7.2021 – III ZR 179/20 zur Unwirksamkeit von Nutzungsbedingungen eines Hatespeech-Netzwerkes; Friehe NJW 2020, 1697 ff.

⁶¹ Ein Nutzer, der Mitglied einer gesperrten Gruppe ist, ist aktiv legitimiert, die Entsperrung geltend zu machen, LG Aachen 1.9.2020 – 8 O 226/19.

⁶² Redeker ITRB 2008, 227 (229); BGH 12.7.12 – I ZR 18/11 mAnm Härting CB 2013, 84; LG Berlin 10.11.2005 – 27 O 616/05, CR 2006, 418–421; Fülbier CR 2007, 515–521; Ausblick: Grünwald: Content (Moderation) is King, MMR 2022, 509 f.; Spindler MMR 2023, 73 ff.

verringern, da ja ggf. gegen Zusatzentgelt die Nachprüfung der Filterergebnisse bleibt, um die Leistungspflichten zu erfüllen.⁶³

Wird die Leistungserbringung des Host-Providers wegen Rechtswidrigkeit oder fehlender bzw. wegfallender Genehmigung des Webangebotes des Auftraggebers unmöglich, kann dies einen außerordentlichen Kündigungsgrund ergeben. Erfolgt keine außerordentliche Kündigung wird der Kunde ggf. von der Vergütungspflicht frei.⁶⁴

e) **Typische (Zusatz-)Leistungsinhalte beim Web-Hosting.** Anbieter von Web-Hosting ergänzen ihr Leistungsangebot häufig um damit eng verbundene weitere internetbezogene Leistungen wie zum Beispiel:

- Bereitstellen von Webdatenbanken;
- Bereitstellen von Cloudanwendungen;
- Registrieren und Verwalten von Domains;
- Email-Hosting;
- Bereitstellen von Shopsystemen;
- Bereitstellen von Content Management Systemen;
- Bereitstellen von Formatvorlagen/Templates;
- Website-Design und optionale Pflege, Schulung etc;
- Bereitstellen von Content;
- Marketing-Tools (SEO, Tracking, Analyse-Tools);
- Cookie-Banner und Textgenerator für Datenschutzhinweise und zur Erfüllung von Informationspflichten;
- SSL-Zertifikate, Verschlüsselungslösungen;
- Back-Ups und Wiederherstellungsservices;
- Zertifizierung, Audits.

Vertragstypologisch sind diese weiteren Leistungen je nach deren Hauptleistungspflichten zu qualifizieren und auszugestalten. Je nach Verbindung und Bedeutung der Leistungselemente sind die Zusatzleistungen des **Multi Service Providers** als Nebenpflichten oder Hauptleistungspflichten aus separaten oder verbundenen Verträgen einzuordnen. Dies gilt auch weiterhin nach der grundsätzlich werkvertraglichen Einordnung von kombinierten Domain-service⁶⁵ und Webdesign-Verträgen⁶⁶ als **Internet-System-Verträge**.⁶⁷

Checkliste: Typische Vertragsstruktur eines Web-Hosting-Vertrags

- Typische Vertragsinhalte eines Web-Hosting-Vertrages sind:
- Vertragsgegenstand mit Zielsetzung/Verwendungsabsicht;
 - Leistungsumfang mit konkreten Angaben zu Speicherplatz und Zugriffsmöglichkeiten des Kunden;
 - Anbindung an das Internet, Verfügbarkeit, Übertragungsgeschwindigkeit;
 - Domainregistrierung;
 - Website-Design oder Gestaltungs-Tools (alternativ: Beistellung der Website durch einen Dritten und ggf. Prüf- und Datensicherungspflicht des Providers vor dem Hochladen);
 - Email-Hosting und/oder Kontaktformularserver;
 - Back-up, Datensicherung;⁶⁸
 - Server Logs und Zugriffsstatistiken;
 - Softwareüberlassung zB Content-Management-System;

⁶³ BGH 30.4.2008 – I ZR 73/05, CR 2008, 579.

⁶⁴ OLG Brandenburg 22.11.2011 – Kart U 4/09, Vorzeitige Beendigung eines Webhosting-Vertrages.

⁶⁵ → Ziffer 3.

⁶⁶ → Ziffer 6.

⁶⁷ BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; BGH 27.1.2011 – VII ZR 133/10, NJW 2011, 915; BeckFormB IT-R/Imhof Form. E. 1; Hoeren/v. Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Host-Verträge; Web-Hosting-Vertrag, BeckOGK/Merkle § 631 Rn. 331, Stand: 1.3.2019; VerFormPrem/Rettmann/Dietrich Form. 13.5.2 Webhosting, 1. Edition 2018.

⁶⁸ Zur Hauptleistungspflicht Datensicherung ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, LG Duisburg, 2. KfH 25.7.2014 – 22 O 102/12, Kremer jurisPR-ITR 21/2014 Anm. 6.

- Support und Service Hotline einschließlich Servicezeiten;
- Subunternehmerregelung;
- Anbieterkennzeichnung/administrativer Support;
- Urheberrechtshinweise und Urhebernennungen sowie Nutzungsrechtseinräumung;
- Kontrollpflichten des Kunden/Sperr- und Löschungsrechte des Providers, Einsatz von Filtern;
- Preise und Zahlungsbedingungen;
- Mängelhaftung und Haftung;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen;
- Herausgabe der Daten bei Vertragsende;
- Vertraulichkeit und Datenschutz und -sicherheit.

3. Domain-Provider/Registral

- 58 Die Domain ist die Adresse, unter der das Angebot im Internet aufgefunden wird. Die Registrierung einer oder mehrerer Domains steht am Anfang jeder Internetpräsenz. Dabei ist besondere Schnelligkeit und Zuverlässigkeit bei der Registrierung der Wunschdomain erforderlich.⁶⁹ Die Registrierung der Domains ist nur über Registrare (**Domain-Provider**) bei den verschiedenen Domain-Registrierungsstellen möglich.⁷⁰ Die Domainregistrierung ist eine **Geschäftsbesorgung**, wobei die Erfolgsorientiertheit, dh die erfolgreiche Registrierung der Wunschdomain, nur bedingt für die vertragstypologische Zuordnung heranzuziehen ist. Dies ergibt sich daraus, dass der Provider trotz Echtzeitabfrage der Verfügbarkeit der Domain über seinen Domain-Shop kein Leistungsversprechen dahin gehend abgeben kann, dass die Domain zum Zeitpunkt der Registrierung beim Registrar noch verfügbar ist.
- 59 a) **Domain-Provider Dienstleistungen.** Auch insbesondere wegen der Internationalität des Domain-Registrierungsgeschäfts sollte der Domain-Provider als Leistungszusage lediglich die **Anmeldung und Vertretung des Kunden** gegenüber der jeweiligen Registrierungsstelle übernehmen und nicht etwa die erfolgreiche Registrierung der Domain. Bei internationalen Registrierungs-sachverhalten fällt nämlich außerdem das auf die jeweiligen Vertragsverhältnisse anwendbare Recht auseinander, so dass für den Domain-Provider eine Haftungskluft entsteht. Nach deutschem Recht ist ein Haftungsausschluss zum Beispiel für den Fall der Unmöglichkeit AGB-rechtlich unwirksam. Hat der Provider die erfolgreiche Registrierung versprochen, haftet er auch auf Schadensersatz. Die ausländische *Registry* haftet nach den für ihren Sitz maßgeblichen Bestimmungen, da dort der Schwerpunkt der Leistungspflicht liegt. In rein deutschen Sachverhalten ist eine Haftungsbegrenzung im Vertrag zwischen der Registrierungsstelle und dem Domain-Provider oder dem Zwischenhändler wenn auch begrenzt, aber dennoch möglich.
- 60 b) **Freiheit von Rechten Dritter/Störerhaftung.** Die Domain-Provider holen die Versicherung des Kunden ein, dass er mit der beauftragten Domain-Registrierung, also der Wahl des **Fully Qualified Domain Name (FQDN)** keine Rechte Dritter verletzt.⁷¹ Die Registrare geben den Registrierungsstellen vor, bei den Kunden diese Zusicherung einzuholen. Seitens der Domain-Provider ist dies der Hinweis an die Kunden, dass sie sich bei Inanspruchnahme durch Dritte im Wege der Durchsetzung der **Störerhaftung** bei dem Kunden freihalten werden. Diese auch formularmäßig in den Registrierungsauftrag aufgenommene Zusicherung des Kunden begegnet keinen AGB-rechtlichen Bedenken, da damit weder eine Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden erfolgt, noch der Kunde vertragsuntypisch Haftungsrisiken

⁶⁹ Kilian/Heussen/Koch Computerrecht, 1. Abschnitt. Erläuterungen Teil 2: Vertragsrecht und Vertragsgestaltung Domains, Checkliste für die Domainregistrierung, Rn. 39–43 | 34. EL Mai 2018.

⁷⁰ → § 7 Rn. 1 ff; BeckOGK/Koch § 12 Rn. 103, Vertragsbeziehungen zwischen Domaininhaber und Provider, Stand: 15.1.2018; Kilian/Heussen/Koch Computerrecht, 1. Abschnitt. Erläuterungen Teil 2: Vertragsrecht und Vertragsgestaltung Domains, 34. EL Mai 2018.

⁷¹ Die Domainvergabe-stelle kann bei Namens-/Kennzeichenverletzungen auch die Störerhaftung mit der Verpflichtung zur Löschung bei offensichtlichen Rechtsverletzungen treffen, Anm. Rössel BGH 27.10.2011 – I ZR 131/10, ITRB 2012, 123–125; BGH 17.5.2001 – I ZR 251/99, BGHZ 148, 13 = MDR 2002, 286 = CR 2001, 850 mAnm Freytag = GRUR 2001, 1038, „ambiente.de“; keine Störerhaftung aber für Inhalte nach § 8 TMG: VG Düsseldorf 29.11.2011 – 27 K 458/10, CR 2012, 401–404.

gegenüber dem Domain-Provider übernimmt. Eine Regelung zur Beweislastumkehr in AGB ist nur dann unwirksam, wenn damit die Bestätigung von Tatsachen erfolgt. Die rechtliche Bewertung der **Freiheit von Rechten Dritter** des Domain-Namens ist keine Feststellung einer Tatsache. Bei Inanspruchnahme durch Dritte aufgrund Marken-, Kennzeichen-, Firmen-, Persönlichkeitsrechten oder aus wettbewerbsrechtlichen Gründen steht dem Domain-Provider der Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 675, 670 BGB zu.⁷²

DeNIC Domainbedingungen – § 3 Pflichten des Domaininhabers

(1) Der Domaininhaber versichert mit dem Domainauftrag, dass seine darin enthaltenen Angaben richtig sind und er zur Registrierung bzw. Nutzung der Domain berechtigt ist, insbesondere, dass Registrierung und beabsichtigte Nutzung der Domain weder Rechte Dritter verletzen noch gegen allgemeine Gesetze verstoßen.

61

Zuweilen werden die Registrare auch von Personen und Unternehmen in Anspruch genommen, die sich gegen Urheberrechts- oder andere Rechtsverletzungen aus dem Content der Website wehren, und deshalb vom Provider die Dekonnektierung der Domain verlangen. Dies kann nach der obergerichtlichen und BGH-Rechtsprechung⁷³ nur erfolgreich sein, wenn zunächst die Inanspruchnahme des Anbieters des Inhaltsangebotes versucht wurde oder dies zB mangels Anbieterkennzeichnung von vornherein aussichtslos ist. Auch bedarf der Ausspruch auf Dekonnektierung wegen der Schwere des Eingriffs in die Informationsfreiheit der Feststellung, dass sich auf der angebotenen Website weit überwiegend nur rechtsverletzende Inhalte finden. Die Dekonnektierung setzt die Domain auf „hold“ und hat ja zur Folge, dass das Webangebot nur noch über Eingabe der IP-Adresse des Servers, auf welchem die Inhalte gespeichert sind, erreichbar ist und nicht mehr über Hyperlinks oder die Domain-Eingabe direkt.

62

Praxistipp:

Die Mitteilung an den Registrar begründet nur dann dessen Haftung als Störer, wenn die Mitteilung folgende Informationen enthält:

Hinweis auf klarer Rechtsverletzung

Fundstelle auf dem Webangebot

Darlegungen zum weit überwiegenden Charakter der Inhalte als rechtsverletzend

Nachweis der versuchen Inanspruchnahme des Anbieters selbst oder stichhaltige Anhaltspunkte dafür, dass es von vornherein aussichtslos ist, den Anbieter aufgrund tatsächlicher Hindernisse in Anspruch zu nehmen.

Die Beweislast trägt der Anspruchsteller.

c) **Registrierungsdaten/WHOIS.** Als weitere (Mitwirkungs-)Pflichten des Kunden ist die Verpflichtung zur vollständigen und jeweils aktualisierten Angabe der zur Registrierung erforderlichen Angaben sowie der persönlichen und administrativen Daten geregelt. Über die Registrierungsbedingungen der Vergabestellen wird hinsichtlich der Inhaberdaten die Zweckbestimmung zur Bereitstellung in den WHOIS-Verzeichnissen eingeführt.⁷⁴ War die Abfrage von Inhaber und Admin-C Angaben früher ohne Einschränkung auch bei der DeNIC möglich, so ist dies nach Wirksamwerden der DS-GVO insoweit umgestellt worden, dass die DeNIC die Angabe nur auf Antrag bei berechtigtem Interesse nach Artikel 6 Abs. 1 f) DS-GVO bereitstellt. Dem Domain-Inhaber selbst stellt die DeNIC die Abfrage nur an die

63

⁷² LG Saarbrücken 15.1.2014 – 7 O 82/12, Störerhaftung eines Registrars von Internet-Domains.

⁷³ BGH 15.10.2020 – I ZR 13/19 mAnm und Rechtsprechungsnachweisen Malte ZUM 2021, 148 ff.

⁷⁴ Hoeren/Völkel DuD 2018, 161–164; darüber hinaus keine Haftung der Domainverwalters für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Impressums einer Website, Rössel OLG Hamm 17.12.2013 – 4 U 100/13, ITRB 2014, 103–104.

hinterlegte Email automatisiert bereit.⁷⁵ Die früher erhobenen Kontaktinformationen zum technischen und Zonenverantwortlichen (Tech-C, Zone-C) sowie zum administrativen Ansprechpartner (Admin-C) werden in der WHOIS-Datenbank nicht mehr erfasst und werden somit in der Domainabfrage auch nicht mehr ausgegeben. Entsprechendes gilt für den Antrag auf Datenzugriff bei der EURid und beim ICANN Look up.

- 64 Der Domainprovider-Vertrag bzw. die **Datenschutzhinweise** des Domainproviders müssen daher zukünftig auch einen Hinweis auf die Übermittlung der Daten an die DeNIC und Verwendung in der Whois-Abfrage zur Auskunftserteilung an berechtigte Dritte enthalten. Ist Gegenstand des Registrierungsvertrages eine Domain eines anderen Registrars, sind die Bedingungen der dortigen Whois-Abfrage zu prüfen und datenschutzrechtliche Hinweise aufzunehmen.
- 65 **d) Relatives vertragliches Nutzungsrecht.** Der Whois-Eintrag hat zugleich deklaratorischen Charakter dahingehend, dass der als Inhaber Genannte einen wirksamen und unbedingten Registrierungsvertrag mit der Vergabestelle hat, welcher über den Registrar vermittelt wird. Der Inhaber einer Domain wird nicht Eigentümer und der **Registrierungsvertrag** begründet kein dingliches Recht, gleichwohl kann ein fälschlicherweise als Inhaber Eingetragener ungerechtfertigt bereichert sein.⁷⁶ Der Vertragsschluss mit der Registrierungsstelle begründet ein **relativ wirkendes vertragliches Nutzungsrecht** zu Gunsten des Domainnameninhabers, die Einordnung als deliktsrechtlich geschütztes Recht erfordert dagegen eine absolute, gegenüber jedermann wirkende Rechtsposition. Bei einem Domainnamen handelt es sich um eine Internetadresse, welche technisch bedingt nur jeweils einmal vergeben werden kann. Diese rein faktische Ausschließlichkeit begründet kein absolutes Recht. Der Vertragspartner eines weiterhin bestehenden Registrierungsvertrages kann aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB einen Anspruch gegen den in der Whois-Abfrage als Inhaber Eingetragenen auf Zustimmung zur Berichtigung der Domaininhaberdaten haben, wenn dieser keine eigene rechtmäßige Registrierung nachweisen kann.
- 66 **e) Außerordentliche Kündigung.** Ferner sollte der Domain-Provider in seinen Vertrag aufnehmen, dass er berechtigt ist, die Domain zu löschen, erweisen sich die bei der Registrierung angegebenen Daten als falsch und der Kunde damit als unerreichbar. Dies ist für den Kunden auch formularmäßig nicht überraschend, da der Provider seine Aufgaben als Vertreter der Kunden gegenüber der Registrierungsstelle nur wahrnehmen kann, wenn er den Kunden informieren und um Mitwirkung anfragen kann.
- 67 Neben der Zusicherung, dass die Domain an sich keine Marken-, Namens-, Firmen- oder andere Kennzeichenrechte verletzt, ist es im Interesse der Provider den Kunden darauf hinzuweisen, dass der Domain-Provider bei dem Verdacht der Verletzung von Rechten Dritter bzw. rechtswidriger Handlungen⁷⁷ mittels der registrierten Domain seine Leistungen vorübergehend sperren, von seinem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen und/oder die Inhalte und Angebote des Kunden löschen oder die Domain (voraübergehend) dekonnectieren wird. Dies umfasst auch die vertragswidrige Nutzung der registrierten Domains zum Versand von Spam oder den Versand von Mails unter Verschleierung des tatsächlichen Absenders (zB über offene Mail-Relays) oder des kommerziellen Zwecks der Mail.

68

Checkliste: Typische Vertragsstruktur eines Domainvertrages

Typische Vertragsinhalte eines Domainvertrages können sein:

- Vertragsgegenstand Domainregistrierung und -verwaltung;
- Leistungsumfang mit konkreter Auswahl der Wunschdomain und Betrieb des Name Servers;

⁷⁵ DeNIC-WHOIS: <https://www.denic.de/service/whois-service>; EURid-WHOIS: <https://eurid.eu/de/weitere-informationen/antrag-auf-datenzugriff/>; ICANN Look up : <https://lookup.icann.org/en>.

⁷⁶ BGH 18.1.2012 – I ZR 187/10, „gewinn.de“, Anm. Bertermann K&R 2012, 285–290.

⁷⁷ Rössel LG Frankfurt 5.8.2015 – 2–03 O 306/15, Keine Haftung des Domainregistrars für beleidigende Website, ITRB 2015, 255–256; Bersem GRUR 2023, 307 ff.

- Bedingungen des Registrars für die Domainregistrierung;
- Mitwirkungspflichten des Kunden, zB Nachweis der Firmierung/Marke;
- Datenschutzhinweis zur Whois-Abfrage und ggf. Einwilligung;
- Hinweis auf Unverbindlichkeit der elektronischen Auskunft über die Verfügbarkeit;
- Hinweis auf Unverbindlichkeit des Bereitstellungszeitpunktes;
- Email-Hosting (optional);
- Zusicherung des Kunden hinsichtlich der Rechte Dritter;
- Aufrechterhaltung und Verwaltung der Domain;
- Support und Service Hotline einschließlich Servicezeiten;
- Subunternehmerregelung;
- Sperr- und Löschungsrechte des Providers;
- Preise und Zahlungsbedingungen, insbes. Vorauszahlungspflicht;
- Mängelhaftung und Haftung;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen;
- Übertragung, Löschung und Datenänderung bzgl. der Domain.

f) **Providerwechsel, Vertragsbeendigung.** Der Inhaber der Domain kann die Domain aufgeben, transferieren oder entscheiden, die Domain zukünftig von einem anderen Domainprovider betreuen zu lassen. Den bisherigen Provider treffen bei der Vertragsbeendigung mit bzw. durch **Providerwechsel** Pflichten zur Herbeiführung der Änderungen an den Domain-eintragen bei der Vergabestelle. Dies erfolgt durch Freigabeerklärung gegenüber der Vergabestelle und Mitteilung des Transfercodes (Authorization-Code (oder **Auth-Code**)) an den Kunden oder den durch diesen beauftragten zukünftigen Registrar.⁷⁸ 69

Musterklausel Providerwechsel:

Der Provider verpflichtet sich, bei einem Antrag auf Providerwechsel bzw. zum Ende des Domainverwaltungsvertrages die Domain freizugeben. Der Provider gibt dazu alle erforderlichen Erklärungen gegenüber der Vergabestelle unverzüglich ab und stellt dem Kunden bzw. auf dessen Wunsch dem zukünftigen Domainprovider den Transfercode (Auth-Code) zur Verfügung. Der Provider stellt den Auth-Code zweimal kostenfrei erneut zur Verfügung, wenn der Transfer wegen Zeitablaufs und des damit verbundenen Verfalls des Auth-Code misslang. 70

g) **Domainübertragung.** Ansprüche auf Domainübertragung können sich aufgrund Rechtsverletzung, Schiedsspruch,⁷⁹ durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss⁸⁰ oder aber aufgrund **Domainkauf-/Domainübertragungsvertrag**⁸¹ oder **Domainüberlassungsvertrag auf Zeit** ergeben. Mit dem Domainkauf-/überlassungsvertrag erwirbt der Käufer das Recht zur Nutzung der Domain als eindeutige Internetadresse. Es handelt sich um einen **Rechtskauf** gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, für welchen die Gewährleistungsregeln der §§ 434 ff. BGB gelten. 71

Bei der Überlassung auf Zeit kommen wegen der fehlenden Sachqualität der Domain die Bestimmungen zur **Rechtspacht** gem. § 581 Abs. 1 BGB und über § 581 Abs. 2 BGB die mietvertraglichen Regelungen der §§ 535 ff. BGB entsprechend zur Anwendung. Je nach konkreter Ausgestaltung handelt es sich aber nicht um die Überlassung der Domain, wobei der vorübergehende Nutzer der Domain auch als Inhaber gegenüber der Vergabestelle gemeldet wird, sondern um die Weiterleitung der Domain an eine andere Domain des Nutzers. Im letzten Fall handelt es sich um eine **Dienstleistung**, da die Weiterleitung meist ohne 72

⁷⁸ Das Schweigen des bisherigen Domainproviders auf eine Transferanfrage, die von einem anderen Provider über die DeNIC gestellt wird, ist trotz Hinweis der DeNIC auf die Folgen des Schweigens nicht als Zustimmung zum Providerwechsel zu werten, Anm. Müller BGH 25.10.2012 – VII ZR 146/11, ITRB 2013, 27–28.

⁷⁹ → § 7 Rn. 1 ff. Domainrecht.

⁸⁰ → Rn. 69.

⁸¹ Auer-Reinsdorff ITRB 2011, 188; Redeker, Handbuch/Reinholz Ziffer 3.4.; Grützmacher/Siekmann ITRB 2001, 268; Härting CR 2001, 37; Ernst MMR 2002, 714.

werkvertragliche Erfolgshaftung erfolgen soll. Ist nur die Weiterleitung geschuldet, so haftet der Überlasser nach dem allgemeinen Regime für Pflichtverletzungen. Bei wiederkehrender oder andauernder fehlerhafter Weiterleitung kann der Nutzer ggf. ein außerordentliches Kündigungsrecht nach §§ 626, 314 BGB haben.

- 73 Der Domainprovider ist zur Mitwirkung bei **Inhaberwechsel** und ggf. damit einhergehendem **Providerwechsel**⁸² verpflichtet. Die DeNIC entspricht dem Antrag des Käufers auf Umschreibung einer Domain (**KK-Antrag**) nämlich nur dann, wenn der Provider des Verkäufers zustimmt. Eine Übertragung scheidet, wenn bei der DeNIC ein **Dispute-Eintrag** auf einen Dritten vor KK-Antragstellung erfolgt ist.⁸³

Hinweis zu Domainübertragungs/-nutzungsverträgen:

- 74 Verträge über die Übertragung/Überlassung müssen schriftlich oder in Textform abgeschlossen werden. Zur Beschaffenheitsangabe gehören die Nennung der Domain mit Top Level Domain Endung sowie aus Sicht des Käufers/Nutzers die Angabe, dass dem Verkäufer/Überlasser keine Rechte Dritter hinsichtlich der Domain als Marke, Kennzeichen oder Name oder zur Freihaltebedürftigkeit oder andere Nutzungseinschränkungen bekannt sind. Soweit der Verkäufer/Überlasser nicht als Inhaber der Domain ausgewiesen ist, sollte der Erwerber auf dem Nachweis der Verfügungsbeziehung und/oder der Zustimmung des Inhabers bestehen. Der Vertrag sollte die Bedingungen für den Eintritt der Fälligkeit der Kaufpreiszahlung oder aber die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über einen Treuhänder oder die Übertragung der Domain durch einen Treuhänder oder im Wege des Domain-Escrows nennen. Ferner sollte die Verpflichtung des Übertragenden zur unverzüglichen Mitwirkung bei der Abgabe und Entgegennahme von Erklärungen gegenüber den Providern und der Vergabestelle festgehalten werden sowie etwaige diesbezügliche Nachweis- und Unterrichtungspflichten.

- 75 **h) Zwangsvollstreckung in eine Domain.** Der Rspr. des BGH⁸⁴ folgend, dass Domains zwar keine absoluten Rechte begründen, aber als **Vermögenswert** anzusehen sind, hat der Bundesfinanzhof (BFH)⁸⁵ die Pfändbarkeit und damit die **Drittschuldner-eigenschaft der DeNIC** bejaht. Für die Bejahung der Inanspruchnahmefähigkeit als Drittschuldner iSd § 321 Abs. 1 AO bzw. § 857 Abs. 1 ZPO ist es nach dem BFH ausreichend, dass die Rechtsstellung des Dritten von der Pfändung betroffen ist oder dass seine Leistung zur Ausübung des gepfändeten Rechts erforderlich ist. Ohne die Leistungen zur Aufrechterhaltung der Registrierung der Vergabestelle kann die Domain nicht genutzt werden, sondern würde zur Registrierung durch andere freigegeben. Mit der Pfändungsverfügung ergeht an den Drittschuldner das Verbot, an den Vollstreckungsschuldner zu leisten, was, zur **Bewahrung des Wertes der Domain** durch Reputation und Auffindbarkeit über Suchmaschinen, gerade nicht die Beendigung des Registrierungsvertrages bedeutet, sondern die Verpflichtung begründet, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Wert der Domain für den Schuldner schmälern würde. Die DeNIC darf also für die Dauer der Pfändung die Domain weder freigeben an jedermann, noch an der Übertragung an einen Dritten ohne Pfandfreigabe seitens des Gläubigers mitwirken.

Hinweis Domainpfändung:

- 76 Vor Pfändung einer Domain hat der Gläubiger nach § 803 Abs. 2 ZPO zu prüfen, ob die Verwertung der Domain einen Überschuss über die Kosten der Vollstreckung verspricht, andernfalls hat die Pfändung zu unterbleiben, da diese auch wirtschaftlich durchzuführen ist. Insoweit kommt der Nebenleistung Domainbewertung der Domainprovider oder dem Nutzungsinteresse des Domaininhabers oder des Gläubigers besondere Bedeutung zu.

⁸² → Rn. 63.

⁸³ <https://www.denic.de/service/dispute/>; § 6 Abs. 1 DeNIC-Domainbedingungen.

⁸⁴ BGH 5.7.2005 – VII ZB 5/05.

⁸⁵ BFH 20.6.2017 – VII R 27/15; Gernhardt K&R 2017, 672–676; Meinhol Rpfleger 2016, 623–629.

Lässt sich der Pfandgläubiger die Ansprüche aus dem Registrierungsvertrag des Schuldners an Zahlungen statt überweisen, rückt er in dessen Rechtsstellung als Domaininhaber ein und kann von der Vergabestelle die **Umregistrierung** verlangen, sofern er mit dem Pfändungs- und Überweisungsantrag die erforderlichen **Registrierungsinformationen** angibt,⁸⁶ nämlich nach § 6 Abs. 2 S. 1 der Domainbedingungen der DeNIC wie folgt: „*DeNIC registriert die Domain für den künftigen Domaininhaber, wenn der Domaininhaber den Vertrag kündigt, sofern eine Kündigung nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften überflüssig ist, und zugleich der künftige Domaininhaber unter Vorlage der ihm als solchen ausweisenden Unterlagen einen Dominauftrag erteilt.*“

4. Content-/Information-Provider

Das Internet und die Attraktivität einzelner Webangebote leben vom angebotenen Content, den Informationen und Tools. Die Kernkompetenz vieler Anbieter von Webseiten liegt weder in der Erstellung und Pflege der Sites selbst, noch in der Herstellung und Entwicklung von Inhalten. Das „Zukaufen“ von Inhalten und Beauftragen eines Dritten mit der Zulieferung, Gestaltung und Aktualisierung ist daher ein bedeutender **Kreativmarkt** geworden. An Leistungsgegenständen kommen zum Beispiel in Betracht:

- Zeichnungen, Logos, Fotos;
- Software-Tools, Spiele;
- Nachrichten, Newsticker, Blogs;
- Videos;
- Musik;
- RSS-Feeds;
- Datenbankverbindungen;
- Software-Anwendungen (ASP⁸⁷);
- Texte;
- Shop-Lösungen.

Die vertragstypologische Einordnung ergibt sich je nach Leistungsinhalten sowie der Art und Weise der Überlassung der Inhalte. Dabei wird zu unterscheiden sein nach dem **einmaligen dauerhaften Zur-Verfügung-Stellen** von Gestaltungs- und Inhaltselementen und der **laufenden Aktualisierung** von Inhalten mit der Verpflichtung der dauerhaften Zulieferung von Neuigkeiten wie zum Beispiel Brancheninformationen, Nachrichten uÄ.

Bei einer Vollrechtsübertragung an urheberrechtlich geschützten Werken,⁸⁸ zB Texten, Fotos, Logos, Videos, Computerprogrammen ist Kaufrecht⁸⁹ oder über § 650 BGB⁹⁰ Kaufrecht mit werkvertraglichen Elementen anwendbar. Bei der Zulieferung von Content-Elementen insbesondere von Informationen kann die urheberrechtliche Schöpfungshöhe fraglich sein. Vorsorglich sollten immer Vereinbarungen über die **Nutzungsrechtseinräumung** aufgenommen werden.⁹¹ Im Interesse des Providers und der Autoren kann vertraglich ein gemeinsames Verständnis über die Schutzfähigkeit hergestellt werden. Dies ist auch AGB-rechtlich im kaufmännischen Verkehr wirksam möglich, da wiederum eine Einigung über die rechtliche Qualifizierung als urheberrechtlich geschützte Werke erfolgt und nicht etwa eine Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden. Eine solche Einigung über den Werkcharakter ist nur für bereits bestehende Werke möglich und nicht für noch zu erstellende zukünftige Werke.

⁸⁶ OLG Frankfurt 9.11.2017 – 1 U 137/16, CR 2018, 110–112.

⁸⁷ BeckFormB-IT/Imhof Form. E.4. ASP Application-Service-Providing-Vertrag und BeckFormB-IT/Imhof Form E.5. Service-Level-Agreement; BeckOF IT-R/Nägele, 15. Edition 2023; Stand 1.5.2023, Form 1.14 Application Service Providing Vertrag.

⁸⁸ → § 6 Rn. 1 ff.

⁸⁹ → § 12 Rn. 1 ff.

⁹⁰ → § 10 Rn. 1 ff.

⁹¹ → § 6 Rn. 1 ff.

- 81 Liefert der Content-Provider Informationen in Form von Zusammenstellungen durch Auswertung fremder Quellen auch automatisiert über *Mashups*, schuldet er eine Dienstleistung, die **Recherche**, und bei bestimmter Erfolgsorientierung kann dieser Vertrag auch als Werkvertrag zu qualifizieren sein. Die *News* können als gesamte Texte für den Internet-Auftritt des Kunden zu liefern sein oder als *Headlines* mit einem *Teaser* und Verlinkung auf den Volltext ggf. auch bei dem Provider selbst (*Content-Display*- und *Content-Link*-Vertrag). Diese Verträge sind meist mit der Verpflichtung der fortlaufenden Bereitstellung von Inhalten zur Steigerung der Attraktivität des Internetangebotes des Kunden durch Aktualität verbunden. Je nach Leistungsart ist dies vertragstypologisch einzuordnen als Kauf- oder Werkvertrag mit **Dauerschuldcharakter**, als Dienstleistungs- oder Mietvertrag.
- 82 Die Auswertung fremder Datenbanken für Recherche-, Buchungs- und Vergleichsportale erfolgt häufig automatisiert in Form von sog. **Screen-Scraping**.⁹²
- 83 Mietvertragliche Regelungen finden oftmals bei der Bereitstellung eines **Content-Management-Systems** oder anderer softwarebasierter Inhaltelemente Anwendung wie zB bei einem Chat-Bot, Berechnungstools, Vertrags- und Vorlagengeneratoren und KI-basierter Content-Erstellungslösungen für Texte, Übersetzungen, Bilder, Videos etc. Im Rahmen der Leistungsbeschreibung sollte bei der Bereitstellung eines Werkzeuges zur Erstellung der eigenen Website, von Templates für das Design sowie zur Veröffentlichung und Pflege der Inhalte und der Zulieferung von Content an sich besonderes Augenmerk auf die Beschreibung der **technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen** gelegt werden. Für den Kunden ist entscheidend, ob er die Werkzeuge webbasiert oder rechnerbezogen nutzen kann, welche Systemsoftware vorhanden sein muss, welche **Formate** eingebunden werden können und wie Schnittstellen definiert sind. Ein weiteres technisches Element ist die Verfügbarkeit der Datenschnittstellen sowie die Abhängigkeit der Leistungserbringung von der Leistungsfähigkeit des Access-Providers. Zur Formatfrage gehört auch die Auswahl der **Sprache** der bereitgestellten Informationen.
- 84 Gerade im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für Inhalte⁹³ ist es zudem wichtig, Regelungen dazu zu treffen, wie Informationen eingebunden werden, entweder mit Nennung des Content-Lieferanten oder durch *Framing*, welches den Inhalt der fremden Site darstellt, ohne dass die Quelle für den Konsumenten erkennbar ist. Organisatorisch ist abzustimmen, ob der Zulieferer die Informationen durch den Kunden ungeprüft direkt einstellt und ob deshalb dem Content-Lieferanten zur Vermeidung von Haftungsrisiken eine besondere Prüfungspflicht im Sinne einer Qualitätsvereinbarung zukommen soll. Eine klauselartige Abwälzung der Haftung bzw. Zuordnung von Vorabprüfungspflichten auf den Content-Lieferanten in Einkaufsbedingungen des Sitebetreibers hält einer Inhaltskontrolle regelmäßig nicht stand. Vereinbarungen zu Prüf- und Filterpflichten sowie die Übernahme von Qualitätsgarantien sind als Bestandteil der Leistungsbeschreibung zu definieren. In Betracht kommt auch eine Gestaltung, bei der der Kunde Inhalte einzeln zur Veröffentlichung auf seiner Website freigibt oder die routinemäßige Prüfung mittels Filtern beim Kunden erfolgt. Bei klarer Erkennbarkeit der Verantwortlichkeit eines Dritten für die zugelieferten Inhalte haftet der Website-Anbieter nur als Störer.⁹⁴
- 85 Im Rahmen der Einigung über die Nutzungsrechtseinräumung sind Regelungen über die jeweiligen Nutzungsarten und auch neue Nutzungsarten zu erwägen. Neben der zeitlichen und räumlichen Erstreckung kommt die Berechtigung zur **Unterlizenzierung** in Betracht. Dies ist für den Kunden relevant, wenn er wiederum seinen Nutzern einen Mehrwert über sein Angebot verschaffen möchte, welcher über die bloße Zur-Kennntnisnahme des Contents hinausgeht.
- 86 Dies ist zum Beispiel bei der Bereitstellung von fremd hergestellten *Apps* im *itunes* oder *google play Store* der Fall,⁹⁵ bei der Bereitstellung von Bildschirmschonern zum (kostenlo-

⁹² → § 6 Rn. 39.

⁹³ → § 42.

⁹⁴ GRUR 2012, 751 Rn. 15 – RSSFeed, für das Persönlichkeitsrecht.

⁹⁵ → §§ 6 Rn. 1 ff., → § 16 Rn. 1 ff.

sen) Download, Einbindung von Newstickern etc. Nutzergenerierte Inhalte bedürfen ebenso einer der AGB-Kontrolle standhaltenden Nutzungsrechtseinräumung.⁹⁶

Die Vereinbarung der Vergütung hängt von der Art und Weise des zu liefernden Inhalts ab. Bei einzelnen Gestaltungselementen kommt eine **Einmalvergütung** mit uneingeschränkter oder eingeschränkter Nutzungsrechtseinräumung in Betracht. Bei laufender Nachrichtenzulieferung kann dies in Form von monatlichen Pauschalen und bei der Einräumung des Rechts zur Unterlizenzierung zusätzlich an die Zahl der Unterlizenzierungen gekoppelt erfolgen. Nutzungs- und volumenabhängige **Vergütungsmodelle** erfordern eine Vereinbarung dazu, wie die Volumina und die vergütungspflichtige Nutzungsintensität festgestellt werden. Flankierend bedarf es Auskunfts- und Prüfrechte der jeweils anderen Vertragspartei gegenüber der protokollierenden Partei oder eines gemeinsamen Zugriffs auf das Reporting- und Monitoring-Tool.

Checkliste: Vertragsstruktur bei Informationsdienst

Typische **Vertragsinhalte** eines Information-Provider-Vertrages sind:

- Vertragsgegenstand, Art und Quellen der Informationen;
- Leistungsumfang mit konkreter Kategorisierung der Nachrichten;
- Formate, Design der Datenzulieferung sowie Anpassungsrechte;
- Häufigkeit, Aktualisierungsroutine;
- Archivierung, Dauer der Bereithaltung;
- Haftung für den Inhalt, dh Richtigkeit und Kontrollpflichten;
- Nutzungsrechtseinräumung – zeitlich, räumlich, Nutzungsarten;
- Ob und Wie der Nennung des Content-Lieferanten und Autors;
- Unterlizenzierung an Endkunden, Mitglieder, Partner des Kunden;
- Zusicherung des Providers hinsichtlich der Rechte Dritter bzw. Verpflichtung zur Lizenzierung bei den Urhebern, Leistungsschutzberechtigten oder Verwertungsgesellschaften;
- Subunternehmerregelung;
- bei individuellem Content ggf. Wettbewerbsverbot;
- Sperr- und Löschungsrechte des Kunden sowie entsprechende Pflichten des Providers;
- Support und Service Hotline einschließlich Servicezeiten;
- Preise und Zahlungsbedingungen;
- Mängelhaftung und Haftung;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen.

Beachte: Schriftformerfordernis nach § 40 Abs. 1 S. 1 UrhG.

Eine besondere Kategorie der Content-Bereitstellung ist **user-generated Content**. Hier sind die besonderen Bedingungen des am 1.8.2021 in Kraft getretenen **Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG)**, zu beachten.⁹⁷ Da der kommerzielle Plattformanbieter für derartige Inhalte nicht mehr in der Haftung privilegiert ist, wird er die sich aus dem UrhDaG ergebenden Sorgfaltspflichten in den Nutzungsbedingungen beschreiben einschließlich der möglichen Auswirkungen auf den einzelnen vom Nutzer bereit gestellten Inhalt.

5. Email-Service-Provider

Typische Nebenleistung eines Domain-Providers ist die Eröffnung der Möglichkeit, E-Mail-Postfächer (**Accounts**) unter der registrierten Domain einzurichten und für den Empfang und den Versand zu nutzen (**Client-Server-Based-Email**). Daneben stellen Dienste

⁹⁶ → § 6 Rn. 1 ff.; → § 16 Rn. 1 ff.; → § 20 Rn. 1 ff.; vgl. Berberich MMR 2010, 736; zB Onlinespiele vgl. HaarDSRI-Tagungsband 2010, 359 ff.

⁹⁷ → Verweis im Handbuch; OhlyNJW 2022, 2961 ff.; WiedemannGRUR-Prax 2023, 411 ff.; Strobl ZUM 2023, 492 ff.; OLG Hamburg 23.3.2023 – 5 U 128/17; Raue ZUM 2023, 160 ff.

die Nutzung von kostenlosen Mail-Accounts (*Freemail*) oder gegen Entgelt unter deren Domain zur Verfügung (*Web-Based-Email*). Diese Mail-Accounts sind über das Web auf der Plattform des Anbieters im Login-Bereich abrufbar. Unabhängig von der Wahl der beiden beschriebenen Email-Account-Varianten ist der Anbieter zum (erfolgreichen) **Transport** einschließlich Abruf und Aussendung der jeweiligen Einzelmails verpflichtet. Der Vertrag mit dem Email-Service-Provider ist erfolgsorientiert, weshalb Werkvertragsrecht mit Dauerschuldcharakter eröffnet ist.⁹⁸ Der Erfolg der Nachrichtenübermittlung unterliegt den technischen Einschränkungen der Verfügbarkeit der Leistungen des Access-Providers. Ist die Verfügbarkeit des Zugangs (Konnektivität) beim Kunden sowie beim Absender und den involvierten Email-Service-Providern gegeben, schuldet der Email-Service-Provider den erfolgreichen Versand sowie den erfolgreichen Abruf in sein System. Scheitert dies, hat er im Rahmen der werkvertraglichen Regelung Nachbesserungsversuche. Daneben schuldet der Provider meist die **Bereitstellung von Speicherplatz** für das Email-Postfach nach mietvertraglichen Rahmenbedingungen (*Mailbox*).

Musterklausel:

- 91 Der Email-Provider ist berechtigt, die auf den Email-Speicherplatz abgerufenen Emails zu löschen, sobald der vereinbarte Speicherplatzumfang von MB ausgeschöpft ist. Der Email-Provider löscht dabei ab der erstmaligen vollständigen Belegung des Speicherplatzes jeweils zuerst die im Papierkorb abgelegten und dann die ältesten abgerufenen Emails. Der Email-Provider empfiehlt dem Kunden regelmäßig die Belegung des Speicherplatzes zu kontrollieren und ggf. ältere Emails anderweitig zu sichern oder Speicherplatz nach seinem Bedarf kostenpflichtig durch upgrade seines Leistungspaketes hinzuzubuchen.
- 92 Vor dem Hintergrund dieses gemischten Vertrages beurteilen sich die als Leistungseinschränkungen wahrgenommenen Anbieterklauseln sowie etwaige Pflichten beim Tod des Nutzers (**digitaler Nachlass**).⁹⁹ Meist schließt der Anbieter aus, dass der Email-Account von mehreren Nutzern genutzt wird oder aber der Account kann nur mit Zustimmung des Providers an einen Dritten übertragen werden. Häufig sehen die Nutzungsbedingungen zwar Regelungen für das automatische Schließen und Löschen des Inhalts des Kontos nach längerer Inaktivität vor, aber keine Möglichkeit für die Betreuer oder Erben, Zugriff zu erlangen. Im Zusammenhang mit der Initiative zum digitalen Nachlass haben einige Anbieter Regelungen aufgenommen, welche es dem Inhaber ermöglichen, zu Lebzeiten bzw. bei weiterhin vorhandener Geschäftsfähigkeit Vorsorge zu treffen. Eine Zugriffsmöglichkeit durch Vertrauenspersonen oder die Erben erhält wachsende Bedeutung, da Vertragsbeziehungen vermehrt rein elektronisch abgewickelt werden und sich daher Kunden- und Vertragsdaten sowie Rechnungen nur in den Email-Postfächern finden.¹⁰⁰ Dem Rechnung tragend hat der BGH mit Urteil v. 12.7.18 – III ZR 183/17 den Übergang eines Facebook-Nutzungsvertrages beim Tod des Kontoinhabers bejaht.¹⁰¹

Musterklausel:

- 93 Sie haben die Möglichkeit, in den Einstellungen anzugeben, ob Ihr Konto nach 3, 6 oder 12 Monaten als inaktiv gelten soll. Sobald Inaktivität wegen Zeitablaufs feststeht, kontaktieren wir Sie dreimal im Abstand von zwei Wochen und bitten um Zustimmung zur Löschung der Daten. Sie können diese Erinnerungsfunktion abwählen oder aber auch einstellen, dass eine dritte Vertrauensperson diese Löschhinweise wegen Inaktivität ebenfalls erhalten soll. Teilen Sie auf die

⁹⁸ AA Schneider, Verträge über Internet-Access, S. 215.

⁹⁹ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme 34/2013, <http://www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-DAV34-13.pdf>; Herzog NJW 2013, 3745 ff.; Brisch/Müller-ter Jung CR 2013, 446.

¹⁰⁰ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme 34/2013, <http://www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-DAV34-13.pdf>; Herzog NJW 2013, 3745 ff.; Brisch/Müller-ter Jung CR 2013, 446.

¹⁰¹ ZD 2018, 477 mAnm Apel; BeckOGK BGB/Preuß § 1922 Rn. 386–390, 1.2.19.

Löschhinweise mit, dass die Daten gelöscht werden sollen, löschen wir Ihre Daten, soweit uns keine Aufbewahrungspflichten treffen. Nach der letzten Erinnerung wird der Account ebenfalls unseren Löschrouten zugeführt, es sei denn, die von Ihnen benannte Vertrauensperson hat uns gegenüber angezeigt, dass sie Sie betreut oder in Ihrem Nachlass zur Verwaltung des Email-Accounts befugt ist. Der Vertrauensperson wird Zugriff auf den Account gewährt, sobald uns nach dem für Ihr Land geltenden Recht tauglicher Nachweis der Rechtsposition vorliegt. In Ihrem Account können Sie Nachrichten und/oder Kommunikationspartner über Filter als vertraulich markieren. Ihre Vertrauensperson erhält keinen Zugriff auf die so gekennzeichnete Kommunikation.

Zumeist besteht die Möglichkeit, die eingehenden Mails auf andere Mailadressen oder auf SMS umzuleiten oder über Mailprogramme lokal abzurufen. Je nach Angebot und Preis beschränken die Anbieter den Traffic insgesamt oder die Größe der einzelnen Mail und die Speicherzeit bei sich für die derart andernorts abgerufenen Mails. Technische Rahmenbedingungen und die Fälle des Löschsens seitens des Providers müssen konkret und transparent beschrieben sein.

Insgesamt ist zu beachten, dass die Leistungen des Email-Service-Providers bei der Übermittlung als Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG¹⁰² einzuordnen sind. Daraus ergibt sich das Erfordernis, das Fernmeldegeheimnis und daneben die spezifischen Datenschutzbestimmungen einzuhalten.¹⁰³

Musterklausel:

Der Email-Provider ist nicht zur inhaltlichen Kontrolle und Überwachung der Emails des Kunden berechtigt. Er verpflichtet sich zur Einhaltung der Bestimmungen des TKG zum Fernmeldegeheimnis sowie des Datenschutzrechts. Er hat seine mit der technischen Administration betrauten Mitarbeiter gleichlautend verpflichtet.

Dagegen zu halten ist die Tatsache, dass wegen **Spamming**, **Viren** und anderer **Malware** ein hohes Interesse der Nutzer besteht, diesen „Email-Müll“ technisch zu blocken oder auszusortieren und damit teilweise Nachrichten vor Zustellung auszufiltern.¹⁰⁴ Die Email-Provider bieten deshalb standardmäßig Schutzmaßnahmen gegen Spam und Malware an, die der Nutzer zum Teil in seinem Account hinzufügen und/oder konfigurieren kann. Auch legen die Nutzer vermehrt Wert auf die Einhaltung von IT-Sicherheitsvorkehrungen, insbesondere die **Transportverschlüsselung**¹⁰⁵ und ggf. die optionale Anwendung von Inhaltsverschlüsselungen beim Versand von Emails.¹⁰⁶ Für Verantwortliche iSd DSGVO ist die Wahl eines Providers mit Transportverschlüsselung eine angemessene IT-Sicherheitsmaßnahme.¹⁰⁷

6. Web-Designer

a) **Vertragstypologie des Webdesignprojektes.** Mit einem Webdesign-Vertrag verpflichtet sich der Designer zur technischen Umsetzung eines gestalterischen Konzeptes in einer Website für den Kunden. Dabei stehen der erfolgreiche **Aufbau der Website** sowie deren **Veröffentlichung im Web** im Vordergrund. Vertragstypologisch ist dies als Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB oder aber kaufähnlicher Vertrag nach § 650 BGB zu qualifizieren. Ein Kaufähnlicher Vertrag ist eher dann anzunehmen, wenn die Website quasi nach dem **Baukastensystem** auf Basis vorbereiteter Designvorlagen (*Templates*) mit Inhalten und kleineren gestalterischen oder technischen Anpassungen bereitgestellt wird und die Leistung nicht von

¹⁰² → § 31 Rn. 1 ff. Telekommunikationsrecht.

¹⁰³ BeckFormB-IT/Imhof Form. E.1. Anm. 2 mit Musterklausel „E-Mail-Service“.

¹⁰⁴ Hoeren NJW 2004, 3513; Koch AnwZert ITR 13/2017 Anm. 13, 15/2017 Anm. 2.

¹⁰⁵ <http://www.e-mail-made-in-germany.de/>.

¹⁰⁶ → § 30 Rn. 1 ff.

¹⁰⁷ → Verweis im Handbuch auf Verschlüsselung von Email.

Kundenspezifika geprägt wird.¹⁰⁸ Bereitgestellt ist die Website im Sinne des Abliefernns allerdings nur bei Belegung von Speicherplatz des Kunden und nicht bei Abrufbarmachen vom Webserver eines Dritten, mit welchem der Kunde keine Vertragsbeziehung hat. Soweit der Kunde letztlich die erstellte Website nicht selbst verwalten kann und/oder von einem vom Anbieter entwickelten nicht offen Content-Management-System abhängig ist, erfolgt die dauerhafte Bereitstellung nach Erstellung auf Basis eines Mietvertrages.

Hinweis:

99 Die vertragstypologische Einordnung ist im Hinblick auf die Verjährung der Mängelhaftungsansprüche dann erheblich, wenn bei der Bereitstellung einer Website auf einem seitens des Kunden bei einem Dritten angemieteten Server nicht davon ausgegangen werden kann, dass es sich um die Herstellung einer Sache im Sinne des § 634a Abs. Nr. 1 BGB handelt. Kommt der Website keine Sacheigenschaft zu, so laufen die kaufvertragliche Verjährungsfrist von zwei Jahren und die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, welche für Werkverträge gilt, die nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB immaterielle Werkleistungen zum Gegenstand haben, auseinander.

Die kaufvertragliche Einordnung erfordert bei Kaufleuten die Einhaltung von Prüf- und Rügepflichten nach § 377 HGB bei Ablieferung. Bei der werkvertraglichen Einordnung gilt es zu beachten, dass die Verjährungsfrist für den Kunden auch dann beginnt, wenn er die Abnahme endgültig (konkludent) ablehnt. Aus Gründen der Vorsicht ist von einer 2-Jahres-Frist auszugehen zur Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen von Abschlagszahlungen, Minderung, Rücktritt und/oder Schadensersatz.

100 Ein Webdesign-Vertrag kann sich zum Beispiel in drei Phasen gliedern: **Konzeption** mit Entwurf, **Realisierung** sowie **Wartung und Pflege**. Zur Konzeption gehört neben den Vorschlägen zur technischen Umsetzung sowie der internen Verlinkung auch der Entwurf des Layouts. Diese Leistungsphase kann ganz oder teilweise vom Kunden selbst vorgenommen werden, dh er tritt mit einem fertigen Konzept nebst *Stylesheets* ggf. im Rahmen seines *Corporate Designs* an den Web-Designer ausschließlich wegen der technischen Umsetzung heran. Wenn die Anforderungen sowie die gestalterischen Vorgaben vom Kunden bereitgestellt werden – ggf. auch über einen weiteren Dienstleister –, stellt sich die Frage des urheberrechtlichen Schutzes nicht zugunsten des Webdesigners.¹⁰⁹ Dessen Leistung ist dann, sofern er nicht nur auf Basis einer fremden Standardlösung umsetzt, über den Schutz für **Programmierleistungen** geschützt.¹¹⁰ Gerade bei der Websiteprogrammierung und -gestaltung kommen oftmals Content Management Lösungen mit Open Source Softwarelizenz zum Einsatz.¹¹¹

Praxistipp:

Der Webdesign-Vertrag einschließlich Konzeption und Layout sollte je nach Komplexität und vorhandenen Unternehmensdarstellungen detaillierte Regelungen dazu enthalten, wie die Vertragsparteien zu der Auswahlentscheidung gelangen. Konkret sollten – sofern beim Kunden hierzu Gestaltungswünsche oder -vorstellungen vorhanden sind – grobe Rahmenbedingungen für das Layout festgehalten werden. Hinsichtlich des Aufbaus der Website einschließlich des Linkkonzeptes und der Skalierbarkeit und des responsive designs zur optimalen Darstellung auf verschiedenen Endgeräten sollte vereinbart werden, ob der Webdesigner verschiedene technische Realisierungsmöglichkeiten mit Vor- und Nachteilen auch im Hinblick auf die spätere Wartung und Pflege sowie inhaltliche Befüllung der Website vorstellen soll oder ob diese Grundentscheidung bereits getroffen ist. Ferner sollte die Anzahl sowie die Art und Weise der Layout-Präsentationen abge-

¹⁰⁸ OLG Hamm 26.2.2014 – I-12 U 112/13, Junker jurisPR-ITR 5/2016 Anm. 6.

¹⁰⁹ Webdesign kann dem nicht eingetragenen europäischen Geschmacksmusterrecht unterliegen; LG Düsseldorf 6.6.2013 – 12 O 381/10.

¹¹⁰ → § 6 Rn. 1 ff.

¹¹¹ → § 9 Rn. 1 ff.

stimmt sein, damit von vornherein keine Missverständnisse über den Detaillierungsgrad der Entwurfspräsentation aufkommen.

Hinweis: Sinnvoll ist auch eine Regelung hinsichtlich der Nutzung und Verwertbarkeit der verworfenen Entwürfe für Dritte bzw. des Ausschlusses der anderweitigen Umsetzung.

Ein Webdesign-Projekt ist typischerweise ein IT-Projekt,¹¹² welches entsprechende Risiken insbesondere im Bereich der zeitlichen und inhaltlichen Projektsteuerung und im Vorgehensmodell mit sich bringt. Risiken ergeben sich aus unklaren Anforderungen, fehlendem Pflichtenheft, unzureichend definierten Mitwirkungspflichten, nicht hinreichender Koordinierung mit weiteren Partnern des Auftraggebers, insbesondere den Content- und Host Providern, sowie der Änderung der Anforderungen (*Change Management*).¹¹³

Dieses Projekt kann je nach Vertragsinhalt bereits in der Erstellungsphase dienstvertraglich zu qualifizieren sein, wenn der Auftragnehmer rein die Vorgaben des Kunden nach Aufwand und sukzessiver Anforderung technisch umsetzt. In der Pflegephase, dh Einspielen von technischen Verbesserungen und Übernahme des vom Kunden bereitgestellten neuen Contents, Leistungen der Suchmaschinenoptimierung gegen pauschales Entgelt, wird der Vertrag meist als Dienstvertrag zu qualifizieren sein, wenn im Schwerpunkt das reine Tätigwerden, aber kein Erfolg geschuldet wird.¹¹⁴

Checkliste: Vertragsstruktur bei Webdesign

Typische Vertragsinhalte eines Webdesign-Vertrages können sein:

- Vertragsgegenstand, Leistungsphasen (Konzept, Layout, Pflichtenheft, Realisierung, Pflege und Wartung);
- Leistungsumfang mit konkreten Leistungszielen, Meilensteinen sowie ggf. „Sollbruchstellen“ im Projekt;
- Projektleitung, ggf. Rollen und Gremien;
- Mitwirkungspflichten, Beistellungen;
- Change Management;
- Tests, Abnahme, Qualitätssicherung;
- Datenübernahme;
- Veröffentlichung;
- Datensicherung; Back-up;
- Nutzungsrechtseinräumung – zeitlich, räumlich, Nutzungsarten;
- Freistellung von Rechten Dritter;
- Urheberrechtsvermerk;
- Subunternehmerregelung;
- Vergütung und Zahlungsbedingungen;
- Kündigungsregelung;
- Rückgewährbürgschaften bei Vorauszahlung; Gewährleistungseinbehalt;
- Mängelhaftung und Haftung, ggf. Gewährleistungsbürgschaft;
- Pflege und Wartung sowie Zugang zum Content-Management-System;
- Support und Service Hotline einschließlich Servicezeiten;
- Vertragslaufzeit und Kündigungsfristen für Pflege und Wartung;
- Exit Management;
- erforderlichenfalls Datenschutzverpflichtung, Auftragsverarbeitungsvereinbarung;
- Geheimhaltungsvereinbarung und Wettbewerbsverbot.

Typische Problemfelder einer Zusammenarbeit mit einer Webdesign-Agentur zeigen sich bei der zumeist unausgesprochenen Erwartung des Kunden einer **Full-Service-Leistung**. So

¹¹² → § 18 Rn. 1 ff., → § 25 Rn. 1 ff.

¹¹³ → § 18 Rn. 1 ff., → § 25 Rn. 1 ff.

¹¹⁴ LG Köln 20.2.2015 – 12 O 186/13, CR 2016, 129–131.

werden häufig weder durch den Kunden noch durch die Webdesign-Agentur weder die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gestaltung und das Nutzen von urheberrechtlich geschützten Elementen¹¹⁵ noch das Wettbewerbsrecht, das Datenschutzrecht, das Recht am eigenen Bild, das Fernabsatzrecht oder etwaige weitere regulatorische Anforderungen an den Betrieb einer Plattform/eines Portals mit Nutzungsbedingungen berücksichtigt.

- 105 Mit der Full-Service-Erwartung verbindet der Kunde, dass die Agentur eine den modernen Nutzeranforderungen entsprechende Site mit sinnvoller Menüführung und einem **responsive Design** für alle gängigen Endgeräte aufsetzt. Dabei wird oftmals in der Konzeptphase nicht hinreichend festgelegt, welche Nutzergruppen mit welchen Interessen der Auftraggeber ansprechen will und welchen Umfang und welche technischen Besonderheiten die Website zur Erfüllung des Präsentationsinteresses des Auftraggebers aufweisen muss. Dies kann sich negativ auf das Leistungsergebnis auswirken, da der Kunde eingebundene Funktionalitäten entweder gar nicht nutzen kann oder will, durch deren Pflege aber erhöhte Folgekosten entstehen. Dem Auftraggeber ist nämlich anzuraten, jedenfalls die technischen Updates und insbesondere **Sicherheitspatches** von der Agentur durchführen zu lassen. Änderungen des Contents kann der Kunde bei Einsatz eines **Content-Management-Systems** selbst vornehmen, wobei er aber auch vertraglich festzulegen hat, welche **Änderungsrechte**, welche Mitarbeiter seines Unternehmens erhalten und ob ggf. Bereiche auf oberer Ebene – wie zB das Anlegen neuer Unterseiten – der Agentur vorbehalten bleiben soll.
- 106 Darüber hinaus hat der Kunde die Erwartungshaltung, dass die Agentur ihn auf rechtliche Anforderungen hinweist und zB **Impressum, Datenschutzhinweis, Cookie-Banner und Cookie-Notice, Tracking/Analyse-Opt-In** sowie datenschutzkonforme Einbindung von Karten, Videos und Social Media Links sowie die Einhaltung der fernabsatzrechtlichen Anforderungen eines **Standardshopsystems** mitliefert. Dies kann die Agentur nicht leisten und sollte bei der Implementierung bzw. im Vertrag über die Anforderung von Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers darauf hinweisen, dass sie dies technisch und gestalterisch im Hinblick auf Nutzerfreundlichkeit (Usability) umsetzt, die rechtliche Prüfung aber anderweitig zu beauftragen ist. Allerdings hat die Agentur bzw. der Anbieter des Content-Management-Systems, der Online-Shop-Lösung o.ä. unter Einhaltung der Grundsätze *privacy by design* und *by default*,¹¹⁶ standardmäßig Voreinstellungen und Nutzerführungen so vorzusehen, dass die verantwortliche Stelle grundsätzlich die Datenschutzerfordernungen mit der Lösung abbilden kann.
- 107 Der Kunde hat beim Full-Service-Ansatz aber vorausschauend auf das Vertragsende und eine mögliche Übernahme der Website-Betreuung durch einen Dritten zu planen (**Exit Management**). Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass die Agentur die ausgewählte Domain auf den Kunden als Inhaber registriert. Es kommt immer noch vor, dass die Agentur sich als Inhaber einträgt und bei Vertragsende eine Ablösezahlung fordert. Auch der Webhosting-Vertrag wird oft nicht durch den Kunden oder auf den Kunden abgeschlossen, sondern ist mit dem Vertrag der Agentur mit dem Hoster verbunden, oftmals auch da dieser zugleich als Reseller agiert. Bei Vertragsende ist damit eine direkte Übernahme oft ausgeschlossen oder it einer aufwändigen Datensicherung und einem Serverumzug mit Migrationsrisiken verbunden. Oftmals kann aus der Sicherung keine Website hergestellt werden, sondern nur die Gestaltungselemente für den Neuaufbau kopiert werden. Auch schon für die Ablieferung und/oder Abnahme kann ist dies relevant, da diese das Erlangen der Verfügungsgewalt seitens des Auftraggebers erfordert und sonst kein Werkvertrag, sondern Miete zugrunde liegt.
- 108 Der Auftraggeber kann ferner während des laufenden Vertragsverhältnisses die Agentur zum Beispiel beim Verdacht von Datenschutzverstößen etc. nicht aus dem Backend ausschließen. Der Auftraggeber sollte immer Hauptinhaber des Webhosting-Accounts bleiben. Aus Sicherheitsgründen ist zu überlegen, ob für die Webpräsenz eine andere Domain ge-

¹¹⁵ Der Webdesigner kann bei der Verletzung von Urheberrechten an Fotografien aus dem Gesichtspunkt der Nebenpflichtverletzung bei nicht hinreichender Prüfung der Lizenzfreiheit oder der Lizenzkosten dem Auftraggeber auf Schadensersatz haften, wenn die Verantwortung für die Inhalte nicht zu Lasten des Auftraggebers vertraglich geregelt ist. Ernst LG Bochum 16.8.2016 – 9 S 17/16, jurisPR-ITR 1/2017 Anm. 6.

¹¹⁶ → Verweis im Handbuch DSGVO und BGB Sachmangel.

wählt wird als die Domain, über die die Email-Kommunikation läuft oder eine Trennung des Exchange-Hosting-Zugriffs von dem Webserverzugriff erfolgt.

b) **Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Websites.** Es ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, welche Komponenten des Webdesigns unter welchen Gesichtspunkten urheberrechtlich geschützt sind. Das fertige Endprodukt besteht aus mehreren Komponenten, zunächst der HTML-Seite als Basisgerüst, ggf. auch auf Basis eines Webbaustens. In diese Seite können einzelne Fotos und Grafiken eingebunden sein. Grafiken können auch als Gestaltungs- oder Navigationselemente eingesetzt werden. Server- oder clientseitig ausgeführte Software kann etwa zur Navigation zur Anwendung werden. Schließlich befinden sich auf der Website in der Regel Texte. Nicht selten kommen Videosequenzen oder Audiodateien und Tools und Plug-Ins wie Zahlungsdienste, Shops, Chatbots etc. hinzu.

Einigkeit besteht darin, dass der Gestaltung einzelner Webseiten unabhängig von der Digitalisierung ihres Inhalts grundsätzlich Urheberrechtsschutz zukommen kann, soweit die in § 2 Abs. 2 UrhG vorausgesetzte Schöpfungshöhe für einzelne Elemente wie beispielsweise Texte, Grafiken, Video- oder Audiodateien erreicht wird.¹¹⁷ Der Auftragnehmer hingegen kann sich für die Website (Multimediawerk) nicht auf den Urheberrechtsschutz berufen, wenn er die Inhalte seinerseits lediglich vom Auftraggeber erhalten und als Website umgesetzt hat.¹¹⁸ Auch der Geschmacksmusterschutz dürfte höchst selten Schutz zugunsten des Webdesigners bieten.

In der Literatur war streitig, ob bereits der bloße HTML-Quelltext einer Website als Computerprogramm nach § 69a UrhG urheberrechtlich geschützt ist.¹¹⁹ Die Rechtsprechung hat einen solchen Schutz verneint.¹²⁰ In der Tat spricht einiges dagegen, reinen HTML-Quelltext als Computerprogramm anzusehen. Schließlich handelt es sich bei HTML um eine Auszeichnungssprache, die lediglich zur Darstellung von Texten, Grafiken und weiteren Seiteninhalten dient und nicht um eine Programmiersprache, in der ausführbare Programme erstellt werden können.¹²¹

Allerdings setzen sich zahlreiche Webseiten inzwischen nicht mehr nur aus rein „passiven“, in HTML geschriebenen Elementen zusammen, sondern enthalten auch Software-Komponenten, sei es als Flash-Plugin, Java-Applet oder als JavaScript-Element. In diesen Fällen wird man den betreffenden Komponenten durchaus Urheberrechtsschutz zusprechen können.¹²²

Umstritten ist weiter, in welchem Umfang der gestalterische Anteil am Webdesign in Form von Grafiken, textlicher und farblicher Gestaltung und der Anordnung einzelner Gestaltungs- und Navigationselemente urheberrechtlich geschützt ist:

- **Fotografien**, die mit bestimmten, computergenerierten Effekten versehen in ein Webdesign übernommen werden, sind dann nicht als Lichtbild nach § 72 UrhG geschützt, wenn die Realität nicht mehr nahezu unverfälscht wiedergegebene ist, da es sich dann um Computergrafiken handelt.¹²³

¹¹⁷ OLG Rostock 27.6.2007 – 2 W 12/07, GRUR-RR 2008, 1; LG Köln 6.4.2011 – 28 O 900/10; OLG Düsseldorf 6.5.2014 – 1-20 U 174/12; OLG Frankfurt 22.3.2004 – 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299; OLG Düsseldorf 29.6.1999 – 20 U 85/98, K&R 2000, 87; LG Köln 12.8.2009 – 28 O 396/09, GRUR-RR 2009, 420; Härting/Kuon CR 2004, 527.

¹¹⁸ OLG Frankfurt 22.3.2005 – 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299; Auer-Reinsdorff/Brandenburg, Urheberrecht und Multimedia, 2003.

¹¹⁹ Für einen solchen Schutz Härting Internetrecht Rn. 929; Spindler/Schmidt S. 665; dagegen Ernst MMR 2001, 208 (211); Schneider 3009, Rn. 667.

¹²⁰ EuGH 2.5.2012 – C-406/10, EuZW 2012, 584; OLG Hamburg 29.2.2012 – 5 U 10/10, MMR 2012, 832; OLG Rostock 27.6.2007 – 2 W 12/07, GRUR-RR 2008, 1; OLG Frankfurt 22.3.2005 – 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299; OLG Düsseldorf 29.6.1999 – 20 U 85/98, K&R 2000, 87.

¹²¹ Schneider S. 3009, Rn. 667.

¹²² Spindler/Schmidt S. 667, Rn. 23.

¹²³ OLG Hamm 24.8.2004 – 4 U 51/04, GRUR-RR 2005, 73 Rn. 23; siehe auch OLG Köln 20.3.2009 – 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141; aA in der Literatur Härting Internetrecht Rn. 1397f.; Dreier/Schulze § 72 Rn. 20; Büchner ZUM 2011, 549; Rauer/BibiZUM 2020, 519 ff.

- **Computergrafiken** müssen eine bestimmte Gestaltungshöhe aufweisen, um als Werke der bildenden Künste nach § 2 Abs 1 Nr. 4 UrhG urheberrechtlichen Schutz zu genießen.¹²⁴
 - **KI generierte Gestaltungselemente**¹²⁵ sind mangels persönlicher geistiger Schöpfung nicht urheberrechtlich geschützt.
 - eine **Eingabemaske** eines Computerprogramms ist nicht nach § 69a UrhG als Computerprogramm geschützt.¹²⁶ Die grundsätzliche Anordnung der **Gestaltungselemente**, wie etwa einer Navigationszeile am oberen Seitenrand oder einer Baumstruktur einzelner Menüpunkte in einer Seitenleiste, und die Benennung einzelner Menüpunkte genießen regelmäßig als Ergebnis des Quellcodes der Website keinen urheberrechtlichen Schutz.¹²⁷
- 114 c) **Rechtseinräumung.** Grundsätzlich empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Unklarheiten aufgrund des urheberrechtlichen Schutzzumfangs der Website die beabsichtigten Nutzungsarten des Webdesigns- und der programmiertechnischen Umsetzung sowie vorbestehende Elemente und Werkzeuge der Agentur oder Beistellungen des Kunden vertraglich zu regeln. Dabei sollte zwischen dem Nutzungs- und dem Bearbeitungsrecht unterschieden werden.
- 115 Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber nach §§ 31 ff. UrhG an den urheberrechtlich geschützten Komponenten Nutzungsrechte einräumen, damit dieser die Website nutzen kann. Eine solche Rechtseinräumung kann zwar auch konkludent erfolgen, birgt aber aufgrund von Beweisschwierigkeiten erhebliche Risiken in sich.¹²⁸ Aus Sicht des Auftraggebers sollte die Regelung zur Rechtseinräumung möglichst alle denkbaren Nutzungsarten und auch zukünftig entstehende umfassen. Andernfalls läuft der Auftraggeber Gefahr, aufgrund der grundsätzlich restriktiven Auslegung kein Nutzungsrecht zu haben bzw. nachverhandeln zu müssen. Der Auftragnehmer wiederum wird ein Interesse daran haben, dem Auftraggeber so wenige Nutzungsrechte wie möglich einzuräumen. Auf jeden Fall wird es in seinem Interesse liegen, dass dem Auftraggeber keine Nutzungsrechte an etwaigen Entwürfen und Konzepten eingeräumt werden, insbesondere solchen, die letztlich im konkreten Auftragsverhältnis nicht zur Umsetzung kamen. Aber der Auftraggeber kann gerade auch daran ein Interesse haben, um diese von Wettbewerbern frei zu halten. Es empfiehlt sich, ausdrücklich im Vertrag festzuhalten, ob der Auftragnehmer die alternativen Entwürfe einer Zweitwertung und Realisierung für andere Kunden zuführen darf.¹²⁹
- 116 Fehlt es an einer ausdrücklichen Rechtseinräumung, gilt die **Zweckübertragungstheorie**. Dem Auftraggeber werden lediglich die Rechte eingeräumt, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den vertraglichen Zweck benötigt werden.¹³⁰ Will der Auftragnehmer das Webdesign oder Teile davon später für andere Zwecke nutzen, etwa um Briefbögen oder andere Drucksachen zu gestalten, ist dies von der ursprünglichen Rechtseinräumung nicht erfasst. Ist eine weitere Nutzung des Webdesigns geplant, ist bereits aus diesem Grund zu einer ausdrücklichen, weitergehenden vertraglichen Regelung zu raten.¹³¹ Um Unklarheiten aus der Vertragsgestaltung und dem zugrunde liegenden Vertragstyp aus der Erstellungsphase und dauerhafte Bereitstellung gegen Entgelt auszuräumen, sollte zudem vereinbart werden, dass die Nutzungsrechte auch **nach Vertragsbeendigung** zB für die Inhaltspflege oder das technische Hosting beim Auftraggeber verbleiben.
- 117 Außerdem ist zu empfehlen, sich vom Auftragnehmer zusichern zu lassen, dass dieser über die eingeräumten Rechte auch verfügungsberechtigt ist. Es kommt immer wieder vor, dass Auftragnehmer urheberrechtlich geschütztes Material von Dritten verwenden, ohne über entsprechende Nutzungsrechte zu verfügen. Um das Risiko zu minimieren, den Schaden zu tragen bei möglichen Ansprüchen Dritter, kann der Auftraggeber vom Auftragneh-

¹²⁴ Härtung Internetrecht Rn. 1401; OLG Köln 20.3.2009 – 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141; KG 16.1.2020 – 2 U 12/16.Kart.

¹²⁵ Krone RD 2023, 117 ff.; → Verweis im Werk Urheberrecht/KI.

¹²⁶ OLG Karlsruhe 14.4.2010 – 6 U 46/09, CR 2010, 427.

¹²⁷ OLG Celle 8.3.2012 – 13 W 17/12, GRUR-RR 2012, 455; OLG Hamburg 29.2.2012 – 5 U 10/10.

¹²⁸ Härtung Internetrecht Rn. 930.

¹²⁹ Härtung Internetrecht Rn. 927.

¹³⁰ Moritz/Dreier/Winteler B Rn. 639.

¹³¹ Formulierungsvorschläge einer solchen Klausel bei Härtung, Internetrecht, Rn. 937 und Moritz/Dreier/Winteler B 231, Fn. 2.

mer verlangen, von derartigen Ansprüchen freigestellt zu werden. Auf keinen Fall sollte er sich auf einen Haftungsausschluss für derartige Rechtsmängel einlassen.

Nach §§ 23, 69c Nr. 2 UrhG bedürfen Bearbeitungen der fertigen Website, soweit sie urheberrechtlichem Schutz zugänglich, ist, grundsätzlich der Zustimmung des Urhebers bzw. Rechteinhabers. Will der Auftraggeber ohne erneute Beauftragung des ursprünglichen Auftragnehmers Änderungen an den urheberrechtlich geschützten Teilen der Website selbst vornehmen oder durch einen Dritten vornehmen lassen, ist in der Regel das Einverständnis des ursprünglichen Urhebers erforderlich. Für diesen Fall sollte bereits im Vertrag eine Regelung getroffen werden. 118

Formulierungsvorschlag: Nutzungs- und Bearbeitungsrecht (auftraggeberfreundlich):

(1) Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber die mit der Website und mit ihren einzelnen Teilen und Elementen (Software, Texte, Fotos, Videos) verbundenen Nutzungs- und Verwertungsrechte (einschließlich des Rechts der Nutzung, der Vervielfältigung, der Verbreitung, der Überlassung, öffentlichen Zugänglichmachung, Sendung, Aufführung, Vorführung, der Abänderung, der Übersetzung, der Erweiterung und Fortentwicklung sowie der Bearbeitung – jeweils inklusive Nutzung und Vervielfältigung der dabei jeweils entstehenden Ergebnisse sowie deren Verbreitung –, der Nutzung in Teilen sowie der Übertragung oder Unterlizenzierung dieser Rechte an Dritte, der Verfügung und geschäftlichen Verwertung gleich auf welche Art) vollumfänglich, ausschließlich, unwiderruflich, übertragbar, räumlich und zeitlich unbeschränkt und für sämtliche derzeit bekannten Nutzungsarten ein. 119

(2) Die Rechtseinräumung beschränkt sich nicht auf Nutzungen im Internet, sondern beinhaltet insbesondere auch die Verwertung der Website oder einzelner Teile in anderer Form, etwa auf Datenträgern, in Rundfunk und Fernsehen, in Print-Versionen und Drucksachen.

(3) Soweit die Website Softwarekomponenten enthält, ist der Auftragnehmer neben der Überlassung der ablauffähigen Software einschließlich Benutzerdokumentation auch zur Überlassung des entsprechenden Quellcodes verpflichtet. Der Quellcode ist so zu dokumentieren, dass eine Änderung oder Weiterentwicklung der Software nach angemessener Einarbeitungszeit möglich ist. Der Auftragnehmer ist neben der Überlassung der fertigen Website zur Überlassung sämtlicher Vorstufen nebst Dokumentation und sämtlichen Unterlagen verpflichtet. Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber auch an diesen Materialien die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte ein.