

§ 20 Webshop-Outsourcing

Schrifttum: *Alpert*, Virtuelle Marktplätze im Internet: Typische Haftungsrisiken des Anbieters von B2B-Portalen, CR 2001, 604; *Bettinger/Leistner* (Hrsg.), Werbung und Vertrieb im Internet, 2003; *Bräutigam* (Hrsg.), IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019; *Bräutigam/Leupold* (Hrsg.), Online-Handel, 2003; *Büllesbach/Dreier* (Hrsg.), Konvergenz in Medien und Recht, 2002; *Dieckert/Wülfing*, Praxishandbuch Multimediarrecht, 2012; *Dieselhorst/Grages*, Der Onlineshop-Betreiber als Handelsvertreter? MMR 2011, 368; *Gentsch/Lee*, Praxishandbuch Portalmanagement – Profitable Strategien für Internetportale, 2013; *Gitter/Rosnagel*, Rechtsfragen mobiler Agentensysteme im E-Commerce, K&R 2003, 64; *Gora/Mann*, Handbuch Electronic Commerce, 2. Aufl., 2001; *Gounalakis* (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business, 2003; *Gramlich/Kröger/Schreibauer*, Rechtshandbuch B2B Plattformen, 2003; *Jestaedt*, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht, BB 2001, 581; *Kaminski/Henßler/Kolaschnik/Papathoma-Baetge* (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, 2002; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002; *Koller*, Transportrecht Kommentar, 10. Aufl. 2020; *Kosmides*, Providing-Verträge, 2010; *Lochen*, Elektronische Marktplätze, 2006; *Meinhardt/Popp* (Hrsg.), Enterprise-Portale & Enterprise Application Integration, 2002; *Moritz/Dreier* (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Aufl. 2005; *Müller-Grote/Reydt/Schmidt* (Hrsg.), E-Business, 2001; *Wizany*, Unternehmensportale für die Beschaffung, 2012; *Wüstenberg*, Die Haftung der Internetauktionatoren auf Unterlassungen im Internet, WRP 2002, 497 ff.

I. Allgemeines

1. Verwendungsmöglichkeiten

Vermehrt ist zu beobachten, dass bisher ausschließlich im B2B-Bereich tätige Unternehmen, die das B2C-Geschäft im Internet wegen des erhöhten Aufwands und der spezifischen Risiken im Zusammenhang mit Endverbrauchern (zB Widerruf, Informationspflichten, Rückabwicklung) scheuten, professionelle und allumfassende Webshop-Lösungen nachfragen, um diesen Geschäftszweig zu erschließen. Zur Risikobegrenzung wurden vielfach Tochterunternehmen bzw. Joint-Venture gegründet, um in Zusammenarbeit mit einem professionellen **Webshop-Outsourcing-Anbieter** in das B2C-Online-Geschäft einzusteigen. Für die Auftraggeber steht im Vordergrund, allenfalls die Inhalte für den Webshop zu liefern und als Vertragspartner gegenüber den Endkunden aufzutreten, darüber hinaus aber sämtliche zusätzlichen Leistungen, sei es Kundenbetreuung/Call Center, Lieferabwicklung, Logistik, Retouren, Reklamationsbearbeitung, Werbeagenturleistungen etc an den Webshop-Outsourcing-Anbieter auszulagern.

Aus diesen Anforderungen ist eine eigene Art von IT-Providerverträgen entstanden. Deren besonderes Merkmal ist die Verknüpfung von Internettechnik mit herkömmlichen **Business Process Outsourcing-Elementen**. Im Gegensatz zum klassischen Rechenzentrums-, Serverhosting- oder ASP-Vertrag beinhaltet das Webshop-Outsourcing nicht nur das Zurverfügungstellen der Software für den Webshop, sondern auch die technische Infrastruktur (zB Internetzugang, Rechenleistung etc) und deren Betrieb, sowie die Kundenbetreuung und die Logistik (Fulfilment). Die Zusatzleistungen können beinahe beliebig fortgesetzt werden, so etwa im Bereich Softwareerstellung (zB individuelle Erstellung eines Webshop-Systems), Webdesign oder Werbeagenturleistungen (zB Texte, Layout, Fotos im Webshop). Ein Kennzeichen dieser Art von Verträgen ist ein **modularer Aufbau**, bei dem der Auftraggeber flexibel entscheiden kann, welche Leistungsmodule¹ er auslagern möchte. Des Weiteren bieten zahlreiche Modelle dem Auftraggeber flexible Preismodelle mit Skalierbarkeit auf den jeweiligen Bedarf.²

Die **Finanzierung** der Modelle kann durch den Nutzer, den Anbieter oder durch beide erfolgen. Bislang waren nutzerfinanzierte Plattformen va aus datenschutz- und telemedien-

¹ Zur Vertragstypologie der einzelnen Leistungsmodule → Rn. 37.

² Hierzu → Rn. 85 ff.

rechtlichen Gesichtspunkten problematisch, dürften aber mit Blick auf die Neuregelung des Bezahlens mit personenbezogenen Daten bei digitalen Produkten mit § 327 Abs. 3 BGB einen Aufschwung erfahren.

2. Abgrenzung

- 4 a) **Begriffsklärung.** Bisweilen wird das Webshop-Outsourcing auch unter dem Begriff der **Plattformverträge, Webshop-Verträge** oder **Portalverträge** behandelt. Allerdings bezeichnen Portale eher virtuelle Marktplätze auf denen externe Webshops eingebunden werden. Am häufigsten ist die Einbindung der URL des Webshop-Betreibers über einen Hyperlink auf dem Portal. Allerdings kann der Geschäftsabschluss im Webshop auch direkt über das Portal abgewickelt werden. Typische Leistungen von Portalbetreibern gegenüber Webshop-Betreibern sind: Portalbetrieb, Einbindung des Webshops in das Portal (Verknüpfung), Generierung von Umsätzen im Namen und für Rechnung des Webshop-Betreibers, ggf. Fakturierung für den Webshop-Betreiber.
- 5 Der Begriff Webshop-Vertrag scheint in diesem Zusammenhang missverständlich, da hiermit auch die Verträge gemeint sein könnten, die der Endkunde mit dem Webshop-Anbieter abschließt.
- 6 Die Begriffe Plattform und Portal werden in der IT-rechtlichen Literatur nicht einheitlich verwendet.
- 7 Der Begriff des **Plattformvertrag** wird vielschichtig verwendet. Neben klassischen Auktionsplattformen (zB Ebay), gibt es unter anderem Plattformen für sog. „umgekehrte Auktionen“, Kooperationsplattformen, Informationsportale und Handelsplattformen, insbesondere für Transaktionen zwischen Unternehmen.³ Daneben zählen zu den Plattform-Verträgen auch Verträge zur Nutzung von sozialen Netzwerken wie zB Facebook und Diskussionsforen⁴.
- 8 Manche Autoren oder Gerichte⁵ verwenden den Begriff Plattformvertrag synonym mit den Nutzungsbedingungen von Betreibern von Musik-Download- oder Auktionsplattformen. Gemeinsames Merkmal ist das Erfordernis der Registrierung durch die Nutzer und die Anerkennung der Nutzungsbedingungen. In der Cloud wird der Begriff Plattform für Services verwendet, bei denen Entwicklern von Webanwendungen eine Computerplattform (zB eine Entwicklungsumgebung) zur Verfügung gestellt wird, die ohne Anschaffung der darunterliegenden Hard- und Software genutzt werden kann (Platform as a Service – PaaS).⁶
- 9 Der Begriff **Portal** wird im IT-Bereich meist für Anwendungssysteme verwendet, die sich durch die Integration von Anwendungen, Prozessen und Diensten auszeichnen.⁷ Schmittmann⁸ systematisiert den Portalbegriff sinngemäß wie folgt:
- Internetportal (zB Einstiegsseite in das Internet wie etwa Google);
 - Unternehmensportal (Homepage eines Unternehmens zur Präsentation des Profils im Internet);
 - Transaktionsportal (zB virtuelle B2B-Marktplätze);
 - Vertical Portal (Angebot von Waren und Dienstleistungen für eine bestimmte Zielgruppe im Bereich B2C oder C2C, zB Amazon).
- 10 b) **Abgrenzung von Webshop-Outsourcing und Plattformverträgen.** Im Nachfolgenden wird der Begriff der **Plattform im Bereich des Webshop-Outsourcing** als die **gesamte IT-Infrastruktur** verstanden, die für den erfolgreichen Betrieb des Gesamtsystems erforderlich ist, bestehend insbesondere aus Hardware, Speicher, Rechenkapazität, Netzwerk, Betriebssystem, Applikationen, Software, Datenbank und Daten. Der so verstandene Begriff der

³ BeckOK IT-Recht/Funk, 5. Ed. 1.9.2020, BGB § 675 Rn. 6.

⁴ Spindler/Schuster/Schuster, 4. Aufl. 2019, BGB § 307 Rn. 50.

⁵ Vgl. Härting D. VII. Rn. 770; C. IV Rn. 480. Zum Begriff „Plattformbetreiber“ sa BGH 24.3.2011 – III ZR 69/10, K&R 2011, 401 (zum Vergütungsanspruch des Plattformbetreibers einer Preisvergleichsplattform für Zahnarztleistungen im Anschluss an BGH 1.12.2010 – I ZR 55/08, K&R 2011, 263).

⁶ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Plattform_as_a_Service.

⁷ Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Portal_\(Informatik\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Portal_(Informatik)).

⁸ Hoeren/Sieber/Holznapel/Schmittmann Teil 9 Rn. 8 ff. mwN.

Plattform umfasst damit auch das **Webshop-System**, also die speziell für den jeweiligen Webshop und die individuellen Bedürfnisse des Outsourcing-Auftraggebers angepasste Standard-Software, die als **Frontend** gegenüber dem Internetnutzer erscheint und die Webshop-Funktionalitäten abbildet.

In den Leistungsmodulen des Webshop-Outsourcing sind damit gegenüber dem reinen Plattform-Vertrag regelmäßig folgende weitere Leistungen enthalten, etwa:

- **Fulfilment** (alle Handlungen, die für den Vertrieb im Fernabsatzgeschäftsprozess erforderlich sind, einschließlich Logistik, Warenannahme, Fakturierung, Kommissionierung, Versand, Warenausgang, Retourenabwicklung, Widerruf, Debitorenmanagement und Bonitätsprüfung, sowie die Erfüllung sämtlicher Belehrungs-, Informations- und Datenschutzpfllichten im elektronischen Rechtsverkehr und in der Auftragsverarbeitung);
- **Customer Care** (die Leistungen, die Kundenkommunikation, Stornierungen, Gutschriften, Adressbearbeitung und Ähnliches umfassen, insbesondere Call-Center Leistungen);
- **Werbeagenturleistungen** (Beratung, Konzeption, Planung, Gestaltung und Realisierung von Werbe- und sonstigen Kommunikationsmaßnahmen, die zu einer Präsentation des Angebots im Internet erforderlich sind, zB Erstellung von Fotos, Texten, Layouts, sowie besondere verkaufsfördernde Marketingtools wie Suchmaschinenoptimierung, Affiliate-Marketing einschließlich Gutscheincodes von Partnern, Artikelempfehlungen etc);
- **Betreiberleistungen** (technischer Support, Bereitstellung von Infrastruktur, Bereitstellung von Cloud-Services, Back-up, Updates etc).

Der Leistungsgegenstand des **Webshop-Outsourcing** ist demnach (va aus Sicht des Auftraggebers) das **Gesamtsystem** einer funktionierenden Einheit aller Module von Plattform über Fulfilment und Customer Care, je nach Einzelfall bis hin zu Werbeagenturleistungen.

Abzugrenzen sind Webshop-Outsourcing-Verträge von reinen Access-Provider-, Webhosting- oder Webdesign-Verträgen.⁹

3. Hintergrund und Ziel des Webshop-Outsourcing

a) **Interessenlage des Outsourcing-Kunden.** Im Internet können Bestell- und Abwicklungsprozesse häufig stärker formalisiert und standardisiert werden als im Offline-Bereich. Dies erleichtert eine Auslagerung. Gerade Unternehmen, die ursprünglich aus dem B2B-Bereich stammen, sehen bei der Erschließung des B2C-Bereichs einen Vorteil des Webshop-Outsourcing darin, sich nicht oder weniger mit den rechtlichen Fallstricken von Fernabsatz-/Verbraucherverträgen und der Abwicklung der Kundenkommunikation (Customer Care, je nach Einzelfall) auseinandersetzen zu müssen. Manche Webshop-Outsourcing-Angebote gehen sogar so weit, dass nur noch Marke, Corporate Identity, Ware uä durch das auslagernde Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, Webshop-Betreiber und Vertragspartner des Internet-Nutzers (Endkunden) hingegen der Outsourcing-Anbieter wird. Bei diesen Varianten des Outsourcings bestehen Überschneidungen mit Vertragshändler-Vertriebsmodellen.¹⁰ Bei anderen Outsourcing-Modellen bleibt das auslagernde Unternehmen (formal) Betreiber des Webshops und Vertragspartner des Endkunden. Während es für die Outsourcing-Anbieter häufig nur geringe Unterschiede macht, ob sie im Webshop gegenüber dem Endkunden ähnlich einem Vertragshändler des Auftraggebers auftreten oder eher verdeckt im Hintergrund agieren, sind die Unterschiede zB aus datenschutzrechtlicher Sicht gravierend.¹¹

Fraglich ist, ob der Webshop-Outsourcing-Anbieter in der Konstellation, in der der Anbieter nicht (offen) gegenüber den Endkunden in Erscheinung tritt, als **Handelsvertreter** des auslagernden Unternehmens einzuordnen ist (§§ 84 ff. HGB). Denn der Anbieter ist während des Betriebs des Webshops als selbständiger Gewerbetreibender ständig mit der Geschäftstätigkeit für einen anderen betraut. § 84 Abs. 1 S. 1 HGB verlangt, dass der Handelsvertreter entweder im Namen des Prinzipals (also als Bevollmächtigter) Geschäfte abschließt oder dass der Handelsvertreter Geschäfte vermittelt, indem er auf Endkunden einwirkt, um

⁹ Vgl. Übersicht bei Redeker IT-R Rn. 1000 ff. sowie → Rn. 27.

¹⁰ Zu Vertragshändler-Vertriebsmodellen siehe Moritz/Dreier/Terlan C Rn. 316.

¹¹ Dazu → Rn. 92 ff.

Geschäftsabschlüsse des Prinzipals zu fördern. Das „Vermitteln von Geschäften“ wird weit ausgelegt.¹² Schon „das Offenhalten des Betriebes“ reicht nach Ansicht des BGH¹³ aus, um das Geschäft des Prinzipals zu fördern. Nicht erforderlich ist, „dass der Handelsvertreter von sich aus an die Kunden herantritt und diese zu einem Geschäftsabschluss zu gewinnen versucht“.¹⁴ Soweit ersichtlich ist noch nicht geklärt, ob bereits die Auslagerung des Betriebs der Shop-Plattform¹⁵ und des Fulfilment ausreichen, um die Rechtsfolgen eines Handelsvertreterverhältnisses (va Provisions- und Ausgleichsansprüche) auszulösen, jedenfalls wenn auch Werbeagenturleistungen durch den Outsourcing-Anbieter erbracht werden. *Dieselhorst/Grages*¹⁶ gehen davon aus, dass die Grenze von einem technischen Gehilfen zu einem Handelsvertreter erst dann überschritten ist, wenn der Outsourcing-Anbieter „konkrete Kaufberatung“ gegenüber Endkunden erbringt, etwa per E-Mail oder im Rahmen von Call Center Services.

- 16 Ein weiterer Aspekt beim Webshop-Outsourcing ist, dass manche ERP-Systeme nicht dafür konzipiert sind komplexe Geschäftsprozesse zu automatisieren, die Unternehmen speziell im Online-Geschäft mit Kunden, Zulieferern, Vertriebspartnern, verschiedenen Bezahl-dienstleistern, Scoring-, Fraud-Detection – und Inkasso-Anbietern, Logistikern, ggf. auch Call Center-Dienstleistern etc verzahnt abwickeln. Während beim stationären Verkauf im Einzelhandel durch Ein- und Ausbuchen der Waren und ggf. Rückabwicklung von Kaufverträgen (Retouren) ein jeweils aktueller Überblick über Waren- und Lagerbestand abgebildet werden kann, fallen beim Online-Handel Bestellung, Auftragsannahme, Warenversand und ggf. Rückabwicklung mit Wiederaufnahme in den Lagerbestand zeitlich wesentlich stärker auseinander. Daher ist eine laufende Synchronisierung zwischen Bestellvorgang und Lagerbestand erforderlich, um ggf. Beschaffungsmaßnahmen einzuleiten und Lieferengpässe zu vermeiden. Diese Synchronisierungsnotwendigkeit wird verschärft, wenn sich der Online-Händler eines externen Logistik-Dienstleisters bedient, der über keine Schnittstelle zum ERP-System des Online-Händlers verfügt. Der Vorteil des Webshop-Outsourcing kann ua darin liegen, dass der Outsourcing-Anbieter die Abwicklung und Koordination der im Internet von Kunden beauftragten Leistungen und die Abstimmung der Lieferung von Waren und Services mit allen im Geschäftsprozess beteiligten Unternehmen übernimmt.
- 17 Die Angebote von Outsourcing-Anbietern sind insoweit sehr unterschiedlich. Manche Angebote sehen zB vor, dass der Outsourcing-Anbieter über eine Schnittstelle direkt in das ERP-System des auslagernden Unternehmens bucht.
- 18 b) **Sonderfall Vertrieb von Aktivierungsschlüsseln.** Insbesondere wenn Download-Software, Cloud-Lösungen oder digitale Inhalte online über einen Webshop vertrieben bzw. angeboten werden sollen und wenn der Hersteller (Outsourcing-Kunde) komplexe internationale Rechnungstellung (va bei unterschiedlichen Umsatzsteuersteuersätzen) und Zahlungsausfälle beim Endkunden vermeiden will, sind Outsourcing-Anbieter gefragt, die parallel zur Shop-Plattform die Fakturierung, Zahlungsabwicklung und ggf. sonstige Compliance-Aufgaben im internationalen Vertrieb (etwa nach Außenwirtschaftsrecht) übernehmen. Auch das Management der umfassenden Verkäuferpflichten (zB Aktualisierungspflichten) bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte nach §§ 327ff BGB eröffnet ein neues Geschäftsfeld für Outsourcing-Anbieter. Mitunter bieten Outsourcing-Anbieter an, parallel zur Überlassung der Plattformnutzung an das auslagernde Unternehmen (zB Hersteller der Software, die online vertrieben werden soll) direkt gegenüber dem Endkunden den Vertrieb von Aktivierungsschlüsseln (Product Keys) zu übernehmen. Das Geschäftsmodell ist so gedacht, dass der Endkunde beim Outsourcing-Anbieter den Aktivierungsschlüssel „erwerben“ muss und erst nach Bezahlung wird dem Endkunden der Zugang zur Software verschafft.¹⁷ Somit ist der Outsourcing-Anbieter verantwortlich, Zahlungs-

¹² BGH Urt. v. 29.11.1984 – I ZR 149/82, BB 1985, 353 – Selbstbedienungstankstelle.

¹³ BGH 29.11.1984 – I ZR 149/82, BB 1985, 353 – Selbstbedienungstankstelle.

¹⁴ BGH 29.11.1984 – I ZR 149/82, BB 1985, 353 – Selbstbedienungstankstelle.

¹⁵ Dazu → Rn. 6 und 36 ff.

¹⁶ Dieselhorst/Grages MMR 2011, 368 (371).

¹⁷ Zum Vertrieb von Aktivierungsschlüsseln siehe auch → § 24 Rn. 147.

dienste einzubinden. Für den Zugang zur Software oder Cloud-Lösung fällt regelmäßig kein zusätzliches Entgelt an. Der Outsourcing-Kunde muss eine Art Provision für jeden Verkauf eines Aktivierungsschlüssels an den Outsourcing-Anbieter zahlen. Hins. des Vertriebs des Product Keys durch den Outsourcing-Anbieter stellen sich die üblichen Abgrenzungsfragen hins. Handelsvertreter und Vertriebshändler.¹⁸

Solche Geschäftsmodelle sind hins. Cloud-Angeboten teilweise so konstruiert, dass sich der Endkunde in einem ersten Schritt auf der Website des Outsourcing-Kunden (Cloud-Anbieters) registrieren und dessen Website-Nutzungsbedingungen akzeptieren muss. Sobald der Endkunde im Webshop-Bestellprozess des Cloud-Anbieters bezahlen will, wird er auf die Shop-Plattform des Outsourcing-Anbieters weitergeleitet, wo er den „Kaufvertrag“ über den Aktivierungsschlüssel mit dem Outsourcing-Anbieter abschließen soll. Die Cloud-spezifischen „EULA“ sollen ggf. zwischen Endkunden und Cloud-Anbieter zustande kommen. Der Endkunde soll also den Vertrag über den Aktivierungsschlüssel und den Vertrag über die Nutzung der Cloud-Lösung mit unterschiedlichen Vertragspartnern schließen. Ob der Vertragstyp Kauf für die einmalige Aufschließberechtigung passend ist und va kongruent mit dem Vertrag über die Nutzung der Cloud-Lösung, dürfte ua von einer hinreichend transparenten Leistungsbestimmung abhängen. Die künstliche Aufspaltung der sich inkongruenten Vertragstypen Kauf einerseits mit Miete/Dienstvertrag andererseits stellt jedenfalls hohe Anforderungen an die Transparenz der verschiedenen Verträge. Eine Einmalzahlung als Vergütungsmodell bei Kauf des Schlüssels passt nicht ohne weiteres zum Vergütungsmodell der variablen Nutzungs-/Lizenzvarianten für die Cloud-Lösung. Sollte der vom Outsourcing-Anbieter zur Verfügung gestellte Aktivierungsschlüssel fehlerhaft bzw. nicht funktionsfähig sein oder sollte der Outsourcing-Anbieter trotz Zahlung durch den Endkunden den Aktivierungsmechanismus nicht zur Verfügung stellen, könnte dies die Mangelhaftigkeit der Leistung des Cloud-Anbieters gegenüber seinen Kunden begründen. Es drohen Gewährleistungsansprüche des Kunden gegenüber dem Cloud-Anbieter, ggf. sogar Schadensersatzansprüche, wenn dem Endkunden die Nutzbarkeit der Cloud-Lösung vorenthalten wird.

Anders als beim Handel mit Gebrauchtssoftware¹⁹ ist in dieser Fallgestaltung des Webshop-Outsourcings der Hersteller/Rechteinhaber mit dem Vertrieb der Aktivierungsschlüssel einverstanden bzw. wünscht ihn. Fraglich ist aber, ob und wie die beiden Verträge (AGB), die der Endkunde abschließen soll, wirksam und synchron ausgestaltet werden können (was schon hins. der Vertragstypologie anspruchsvoll ist). Das gilt umso mehr, wenn Endkunden Verbraucher sind. Häufig sollen auch bei B2B-Software oder B2B-Cloud-Lösungen Verbraucher als Besteller nicht ausgeschlossen werden. Viele Hersteller/Cloud-Anbieter wünschen, dass Entwickler oder Einkäufer des Endkunden kostenfreie Testversionen „privat“ ausprobieren können, ohne dass die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des Endkunden im Bestellprozess angegeben werden muss.

Ist also die Nutzung der Cloud-Lösung aufgrund des „Verkaufs“ des Aktivierungsschlüssels als „zeitlich befristeter Kauf“ anzusehen? Dass ein solches Konstrukt mit zwei Vertragsverhältnissen, die der Endkunde mit unterschiedlichen Vertragspartnern eingehen muss, urheberrechtlich wohl möglich sein kann, hat der BGH²⁰ in seiner World of Warcraft II-Entscheidung hins. Online-Spielen bestätigt. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit hat der BGH aber nicht behandelt.

BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14 (OLG Hamburg) – World of Warcraft II, Rn. 58–60:

¹⁸ Siehe zur rechtlichen Einordnung → § 24 Rn. 4 ff., 181 ff.

¹⁹ EuGH und BGH haben die Anforderungen an die Erschöpfung bei dem Erwerb gebrauchter Software und Online-Vertrieb in einer Reihe von Entscheidungen konkretisiert: EuGH 3.7.2012 – Rs. C-128/11, CR 2012, 498 (UsedSoft I); BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, CR 2014, 168 (UsedSoft II); BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, CR 2015, 429 (UsedSoft III); BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, CR 2015, 711 (Green-IT); EuGH 12.10.2016 – C-166/1, EuZW 2016, 866 (mAnm Marly, Prinz). Weitere Konkretisierung durch LG München I 1.9.2015 – 33 O 12440/14, CR 2016, 219–223. Speziell zum Vertrieb von Produkt-/Lizenzschlüsseln: OLG Frankfurt a. M. 5.4.2016 – 11 U 113/15 und AG Gießen 19.4.2016 – 506 Ds 701 Js 23382/14. Siehe iÜ zum Gebrauchtssoftwarehandel → § 24 Rn. 170 ff.

²⁰ BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14 (OLG Hamburg) – World of Warcraft II, Rn. 52 ff., GRUR 2017, 397.

„[58] Bei einem Massen-Mehrspieler-Online-Spiel schließt der Spieler regelmäßig zwei Verträge ab. Er schließt einen Kaufvertrag mit dem Händler über die für den Zugang zum Online-Spiel benötigte und auf seinem Computer zu installierende Client-Software ab. Im Zuge der Einrichtung des Spieler-Accounts trifft er sodann mit dem Spielveranstalter eine Vereinbarung über die Nutzung der auf dessen Server hinterlegten Software, mit der die persistente virtuelle Spielwelt bereitgestellt wird und die Spielzüge der Teilnehmer laufend aktualisiert und koordiniert werden. Es liegen danach regelmäßig verschieden ausgestaltete Verträge über unterschiedliche Computerprogramme vor (vgl. Völmann-Stickelbrock, FS Eisenhardt, 2007, 327 [330 f.]; Weber in Brandi-Dohrn/Lejeune, 207; Psczolla, Online-spielrecht, 2008, 85 und 88 f.; Striezel, Der Handel mit virtuellen Gegenständen aus Onlinewelten, 2010, 199, 203 und 218; vgl. auch BGH, GRUR 2010, 822 Rn. 24 = WRP 2010, 1174 – Half-Life 2).

[59] Das BerGer. hat angenommen, die Bekl. hätten keinen Vertrag gehalten, aus dem sich im Streitfall die Einräumung sämtlicher Nutzungsrechte bereits bei Erwerb der Client-Software ergebe. Die Revision hat nicht aufgezeigt, dass diese Feststellung unzutreffend ist. Für die Annahme von zwei Vertragsverhältnissen spricht, dass die Spieler an den Händler einen Kaufpreis für den Erwerb der Client-Software und an die B (ab Level 21) monatliche Teilnahmegebühren entrichten müssen. Soweit die Bekl. vorgebracht haben, über den eingerichteten Battle.net-Account könne der Nutzer an weiteren Online-Spielen der B teilnehmen, lässt dieser Umstand nicht darauf schließen, dass dem Nutzer bereits beim Kauf der Client-Software die Rechte zur Spielteilnahme eingeräumt werden. Bei der erstmaligen Einrichtung des Accounts muss der Spieler den Regelwerken der B ausdrücklich zustimmen, um auf ihn Server zugreifen zu können.

[60] Der Annahme von zwei Vertragsverhältnissen steht nicht entgegen, dass, wie die Revision geltend macht, nach der Rechtsprechung des EuGH das Herunterladen der Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung dieser Kopie ein unteilbares Ganzes bilden, weil das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms sinnlos wäre, wenn diese Kopie von ihrem Besitzer nicht genutzt werden dürfte. Die von der Revision herangezogenen Ausführungen des Gerichtshofs betreffen die Auslegung des Begriffs „Erstverkauf“ in Art. 4 II der RL 2009/24/EG vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz an Computerprogrammen und beziehen sich auf den Erwerb und die Nutzung derselben Software (vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2012:407 Rn. 44 = GRUR 2012, 904 = WRP 2012, 1074 – UsedSoft). Mit den vertraglichen Beziehungen bei einem aus mehreren Computerprogrammen bestehenden Online-Spiel hat sich der Gerichtshof nicht befasst. Der Annahme von zwei Vertragsverhältnissen steht entgegen der Ansicht der Revision auch nicht § 69d I UrhG entgegen. Soweit danach die bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch einen zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten zulässig ist, betrifft dies allein die erworbene Software – vorliegend die Client-Software – und gilt dies nur, soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen.“

II. Rechtsnatur

- 23 Die Zuordnung von neuartigen Geschäftsmodellen wie dem Webshop-Outsourcing zu den Vertragstypen des BGB spielt vor allem bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, aber auch bei Individualverträgen, etwa bei der Ergänzung von Vertragslücken, eine gewichtige Rolle. Allerdings ist die Typik des BGB anerkanntermaßen nicht abschließend.²¹ Vielmehr besteht im Rahmen der Vertragsfreiheit auch die Möglichkeit, Verträge mit atypischem Inhalt oder Verträge mit einer Kombination verschiedener Inhalte und unterschiedlichen Vertragstypen abzuschließen.²²

1. Stand der Literatur und Rechtsprechung

- 24 Das Webshop-Outsourcing ist gesetzlich nicht geregelt. Hieran ändern auch die neuen §§ 327 ff. BGB für Verbraucherverträge über digitale Produkte nichts, denn als Bestandteil des allgemeinen Schuldrechts machen sie eine Zuordnung zu den Vertragstypen der §§ 433 ff. BGB nicht entbehrlich.²³ Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen die Schaffung

²¹ Vgl. Hoeren/Sieber/Holznapel/Redeker MultimediaR-HdB Teil 12 Rn. 15; siehe allgemein zur Vertragstypologie im IT-Bereich → § 10 Vertragliche Grundlagen.

²² Statt aller: BeckOK BGB/Gehrlein § 311 Rn. 17.

²³ Vgl. Spindler MMR 2021,451.

eines neuen Vertragstyps entschieden.²⁴ Komplexe Verträge rund um das Internet bestehend aus vielfältigen Leistungsbereichen, angefangen von der Zugangsvermittlung bis hin zu Bezahlendienstleistung und Call Center Services, die mittlerweile zum Alltag der meisten Unternehmen gehören. Umso mehr überrascht es, dass die IT-rechtliche Literatur – soweit ersichtlich – das Webshop-Outsourcing erst allmählich²⁵ und facettenhaft als Business Modell und eigenständige vertragliche Kategorie behandelt.²⁶

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich bislang vorwiegend mit Einzelaspekten des Webshop-Outsourcing beschäftigt, va mit der vertragstypologischen Einordnung und Haftungsfragen²⁷ von Access-Provider-Verträgen,²⁸ Service-Provider-Verträgen,²⁹ Auktionsplattformen,³⁰ Video-Partnerportal und Internet-System-Vertrag (zu letzterem → Rn. 27 ff.). In der Entscheidung Video-Partnerportal³¹ hat der BGH sich mit der Einordnung der Leistungen des Portals als gemischttypischem Vertrag und der Typologie der diesen kennzeichnenden Bestandteile befasst:

„[...] Rn. 16a) Zwar liegt ein gemischter Vertrag vor, der auch werkvertragliche Bestandteile enthält. Gemischte Verträge sind jedoch grundsätzlich dem Recht des Vertragstyps zu unterstellen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Rechtsgeschäftes liegt (vgl. nur BGH, Urt. v. 13.10.2006 – V ZR 289/05, NJW 2007, 213, 214, Rn. 7; Senat, BGHZ 180, 144, 150, Rn. 17). Hierbei kommt es für die rechtliche Einordnung nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Benennung, sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages bzw. den tatsächlichen Inhalt der wechselseitigen Rechte und Pflichten an (vgl. nur BGH, Urt. v. 24.6.1987 – IV a ZR 99/86, NJW 1987, 2808; BGHZ 106, 341, 345). Deshalb sind die von der Beklagten im Formularvertrag vom 5. Februar 2007 verwandten und auf das Werkvertragsrecht Bezug nehmenden Formulierungen als solche nicht entscheidend.

Rn. 17b) [...] Sie betreibt damit über ihr Videoportal Partnerschaftsvermittlung bzw. -anbahnung, auch wenn sie dies im vorformulierten Vertragstext ausdrücklich in Abrede nimmt. Für diesen eigentlichen Zweck des Vertrages stellen die Fertigung eines Fotos sowie des Videointerviews nur unselbständige Vorbereitungshandlungen dar, die eine Einstufung des Rechtsverhältnisses als Werkvertrag nicht rechtfertigen. Nach Sinn und Zweck des Geschäftsmodells der Beklagten und dem Erwartungshorizont ihrer Kunden ist entscheidend, über die zeitlich unbegrenzte Einstellung in das Videoportal und über die Teilnahme an dem von der Beklagten betreuten Einladungssystem einen Partner fürs Leben zu finden. Diesen – für die Einordnung als Dienstvertrag wesentlichen – Zusammenhang kann die Beklagte nicht dadurch entkräften, dass sie ihre Kunden einen separaten „Werkvertrag über Videoarbeiten“ unterzeichnen lässt und damit versucht, das einheitliche Rechtsverhältnis und in diesem Rahmen ihre nur zusammen ein sinnvolles Ganzes ergebenden Vertragspflichten künstlich in zwei getrennte Teile aufzuspalten, um hierdurch letztlich ihren Kunden den AGB-rechtlichen Schutz ihrer dienstvertraglichen Rechte

²⁴ Vgl. Bittner VuR 2022, 9.

²⁵ In der Einleitung des Beitrags von Dieselhorst/Grages (MMR 2011, 368, siehe oben → Rn. 15) werden kurz folgende Teilbereiche des Outsourcing im Onlinehandel aufgezählt: Konzeption und Programmierung des Front- oder Backends; Hosting, Wartung und technische Beratung; Content Management (ggf. einschl. Anfertigung von Produktfotos etc); Werbung und Onlinemarketing; Lagerhaltung der angebotenen Produkte; Versand an den Kunden; Entgegennahme und Weiterbearbeitung von Retouren, Zahlungsabwicklung und Inkasso; Kundenbetreuung (über Call-Center und/oder Internet) Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz, Teil IX. Kap. 2 Datenweitergabe an Handelspartner und Offenlegungspflichten; Shophosting Rn. 6.

²⁶ Zu den herkömmlichen Differenzierungen im E-Commerce, bei den Providerverträgen und beim Online-Vertrieb siehe statt vieler Moritz/Dreier E, C; Härting, C IV Rn. 480; Schwarz/Peschel-Mehner Recht im Internet Stand 5/2013; ohne ausdrückliche Erwähnung des „Webshop-Outsourcings“: Bräutigam/Grapentin IT-Outsourcing und Cloud-Computing 254, 273.

²⁷ Siehe zu aktuellen Entwicklungen in der Providerhaftung MAH IT-Recht/Leupold Teil 2 Rn. 62 7ff.; Ensthaler/Heineman GRUR 2012, 433.

²⁸ → § 21 Providerverträge.

²⁹ → § 21 Providerverträge.

³⁰ BGH 11.3.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (Internetversteigerung I); BGH 10.4.2008 – I ZR 227/05, NJW 2008, 3714 – Namensklau im Internet; BGH 19.4.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 – Internet-Versteigerung II; BGH 30.4.2008 – I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 = K&R 2008, 435 – Internet-Versteigerung III.

³¹ BGH 8.10.2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150 – zur Anwendbarkeit von § 627 Abs. 1, § 628 Abs. 1 S. 1, 3 BGB auf einen Vertrag mit dem Betreiber eines sogenannten Video-Partnerportals sowie zur Unzulässigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die in Abweichung von § 628 Abs. 1 S. 1, 3 BGB bei Kündigung die vertraglich vereinbarte Vergütung auch unabhängig von der Erbringung der vertragstypischen Hauptleistung als verdient gilt.

zu entziehen. Denn für die rechtliche Einordnung bestimmend ist der objektive Gehalt des gesamten jeweiligen Vertragsverhältnisses.“

26 Der Webshop-Outsourcing-Vertrag mit den oben dargestellten Bestandteilen noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung.

27 Dem wohl am nächsten kommt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs³² vom 4.3.2010. Der BGH hat entschieden, dass Verträge, „die Erstellung und Betreuung einer Internetpräsentation (Website) des Kunden sowie die Gewährleistung der Abrufbarkeit dieser Website im Internet für einen festgelegten Zeitraum zum Gegenstand“ haben, als „Internet-System-Vertrag“ zu qualifizieren und **werkvertraglich einzuordnen** sind. Der BGH hat in der Entscheidung vom 4.3.2010 klargestellt, dass der Internet-System-Vertrag zum Kreis der Internet-Provider-Verträge gehört. Das Gericht hat für die vertragstypologische Einordnung je nach Ausgestaltung und Schwerpunkt der vertraglichen Leistungspflichten eine Zuordnung zu einem einheitlichen Vertrag (idR Werkvertrag) oder einem typengemischten Vertrag vorgenommen.³³ Dabei hat der BGH den Internet-System-Vertrag abgegrenzt zu den bekannten Vertragstypen, nämlich:

- **Access-Provider-Vertrag** (Anbieter schuldet den Zugang zum Internet, Bereithalten des Anschlusses und das sachgerechte Bemühen um die Herstellung der Verbindung in das Internet) im Allgemeinen: **Dienstvertrag** gem. §§ 611 ff. BGB;³⁴
- **Application-Service-Providing (ASP-)Vertrag** (Bereitstellung von Software-Funktionalität für den Kunden zur Nutzung über das Internet oder andere Netze; im Vordergrund steht die Onlinenutzung fremder Standardsoftware, die in der Regel nicht einem sondern einer Vielzahl von Kunden zur Verfügung gestellt wird, charakteristische Hauptleistung ist somit die – entgeltliche – Gebrauchsüberlassung): **Mietvertrag** gem. §§ 535 ff. BGB;³⁵
- **Web-Hosting-Vertrag** bzw. **Website-Hosting-Vertrag** (Bereitstellung von Speicherplatz auf dem Server des Anbieters, wobei es Sache des Kunden ist, diesen zu nutzen und zu verwalten): **Gemischter Dienst-, Miet- und Werkvertrag**.³⁶ Teilweise werden Website-Hosting-Verträge, die darauf gerichtet sind, dass der Diensteanbieter die vom Kunden erstellte Website Dritten im Internet zugänglich macht, auch als Verträge **sui generis** mit miet- und werkvertraglichen Elementen eingeordnet.³⁷ Bei schwerpunktmäßiger Gewährleistung der Abrufbarkeit der Website des Kunden im Internet liegt insgesamt **Werkvertragsrecht** gem. §§ 631 ff. BGB nahe;³⁸
- **Webdesign-Vertrag** (Verpflichtung des Anbieters zur Erstellung einer individuellen Website für den Kunden): **Regelmäßig Werkvertrag** gem. §§ 631 ff. BGB, entsprechend Individualsoftwareerstellung;³⁹
- **Domain-Beschaffung und Registrierung** (Beschränkung auf die Beschaffung und Registrierung einer vom Kunden gewünschten Internet-Domain): **Entgeltliche Geschäftsbesorgung** gem. § 675 Abs. 1, §§ 631 ff. BGB;⁴⁰

³² BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, K&R 2010, 343. Zum Internet-System-Vertrag gibt es mehrere BGH-Entscheidungen, ua BGH 8.1.2015 – VII ZR 6/14 zum Anspruch aus § 649 S. 2 BGB bei Kündigung vor Leistungserbringung.

³³ Ausführlich zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Vertragstypologie von Providerverträgen, siehe Kosmides, Providing-Verträge.

³⁴ BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04 K&R 2005, 326 = NJW 2005, 2076 mwN; Klett/Pohle DRiZ 2007, 199; aA nämlich Werkvertrag: Redeker IT-R, D. Rn. 1180.

³⁵ BGH 15.11.2006 – VII ZR 120/04, K&R 2007, 91, 385 m. Komm. Pohle/Schmeding, NJW 2007, 2394 Rn. 11 ff.; aA nämlich Dienstvertrag, Redeker IT-R Rn. 1124 ff. (1131).

³⁶ Klett/Pohle DRiZ 2007, 202; Spindler/Schuster/Schuster, 4. Aufl. 2019, BGB § 307 Rn. 46.

³⁷ MüKoBGB/Busche § 631 Rn. 169.

³⁸ So OLG Düsseldorf 26.2.2003 – 18 U 192/02, I-18 U 192/02, MMR 2003, 474 f.; Redeker IT-R, D. Rn. 1207.

³⁹ Siehe BGH 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135 (140 f.); BGH 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008; BGH 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063; BGH 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93 (95) und BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, K&R 2004, 348 f.; Redeker IT-R, D. Rn. 1225..

⁴⁰ Siehe OLG Köln 13.5.2002 – 19 U 211/01, MMR 2003, 191; Klett/Pohle DRiZ 2007, 200 mwN; Redeker IT-R, D. Rn. 1350; Spindler/Schuster/Schuster, 4. Aufl. 2019, BGB § 307 Rn. 47.

- **Wartung oder Pflege von Software, EDV-Programmen oder Websites** (Im Vordergrund steht die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit und die Beseitigung von Störungen, somit ein Tätigkeitserfolg): Daher grundsätzlich **Werkvertrag**, wohingegen die Qualifizierung als Dienstvertrag nahe liegt, wenn es an seiner solchen Ausrichtung fehlt und die laufende Serviceleistung als solche geschuldet ist.⁴¹

Der im Fall des BGH⁴² zu beurteilende **Internet-System-Vertrag** wies „in einzelnen Elementen Bezüge zu einigen der vorerwähnten Vertragstypen auf, ist indes keinem dieser Vertragstypen vollständig zuzuordnen, sondern als eigener Vertragstypus anzusehen, der sich insgesamt als **Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB darstellt**.“ 28

Der Einordnung des Internet-System-Vertrags als Werkvertrag iSd §§ 631 ff. BGB steht es, so der BGH, **nicht entgegen**, dass 29

- der Kunde ein monatliches pauschales Entgelt zu entrichten hat,
- der Vertrag auf eine bestimmte Zeitdauer angelegt ist und somit Bezüge eines „Dauerschuldverhältnisses“ aufweist und
- dem Kunden kein körperlicher Gegenstand als Werkleistung übereignet wird.

Entscheidend ist vielmehr, der auf einen Erfolg bezogene Vertragszweck. Die vereinbarten Nebenleistungen sieht der BGH als notwendige Vorbereitungs- bzw. Unterstützungshandlung zur Erfüllung der Hauptleistung bzw. zur Erreichung des verfolgten Leistungszwecks, so dass er zur umfassenden Anwendung des für die Hauptleistung ermittelten Vertragstyps, auch auf die Nebenleistungspflichten, kommt (Absorption).⁴³ Angesichts dieses Erfolgscharakters kommt den eben genannten Umständen kein entscheidendes Gewicht zu. Diese Einordnung wird durchaus kritisch gesehen.⁴⁴ Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass diese Umstände sich insbesondere auch bei Werbeverträgen, die einen ähnlichen Zweck und Gegenstand wie der Internet-System-Vertrag aufweisen, finden. Diese Verträge werden von der Rechtsprechung des BGH stets als Werkverträge angesehen, so zB Verträge über die Präsentation von Werbespot/Videoclips auf einem öffentlichen Videoboard.⁴⁵ 30

In einer ebenfalls zum Internet-System-Vertrag ergangenen und dieser anschließenden Entscheidung⁴⁶ hat der BGH wegen der werkvertraglichen Rechtsnatur des Internet-System-Vertrages auch klargestellt, dass dieser gem. § 648 S. 1 BGB (§ 649 S. 1 aF BGB) jederzeit kündbar ist. Das der Natur des Werkvertrags immanente **Kündigungsrecht** gilt nach der Entscheidung des BGH selbst dann, wenn eine vertragliche Mindestlaufzeit für Bereitstellung, Gestaltung und Betreuung einer Internetpräsenz vereinbart wurde.⁴⁷ 31

Bemerkenswert ist, dass der BGH in diesen jüngeren Entscheidungen bei auf Erstellung einer Website gerichteten Leistungen die Rechtsnatur des Vertrages nicht mehr thematisiert, sondern lediglich auf die Entscheidung vom 4.3.2010 Bezug nimmt. 32

2. Ausgangspunkt: Vertragstypische Leistungspflichten des Internet-System-Vertrags

Als typische Hauptleistungspflichten des Internet-System-Vertrages hat der BGH⁴⁸ an die Leistungsbeschreibung des konkreten Vertrages angeknüpft und den Willen der Vertragsparteien, insbesondere auch die verobjektivierte Kundenerwartung dahingehend ausgelegt, dass der Anbieter auf seinen eigenen Servern unter der vom Kunden gewünschten Domain eine Website einrichtet, diese Website für den vereinbarten Zeitraum unterhält und sie über das Internet Dritten zugänglich macht. Dies ist nach Ansicht des BGH der Hauptleistungszweck des Internet-System-Vertrages. Darauf beziehen sich sämtliche der in der Leistungsbeschreibung des konkreten Vertrages aufgeführten einzelnen Leistungspflichten, nämlich 33

⁴¹ BGH 5.6.1984 – X ZR 75/83, BGHZ 91, 316 (317); BGH 8.4.1997 – X ZR 62/95, NJW-RR 1997, 942 (943); OLG München 22.11.1988 – 25 U 5810/86, CR 1989, 283 (284); OLG München 8.11.1990 – 29 U 3410/90, CR 1992, 401 (402); Redeker IT-R, B. Rn. 682 ff. mwN.

⁴² BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, Rn. 24, K&R 2010, 343 (345).

⁴³ Vgl. MAH IT-R/von dem Bussche/Schelinski Teil 1 Rn. 41.

⁴⁴ Kilian/Heussen ComputerR-HdB Rn. 71.

⁴⁵ BGH 26.3.2008 – X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155.

⁴⁶ BGH 27.1.2011 – VII ZR 133/10, MMR 2011, 311.

⁴⁷ BGH 24.3.2011 – VII ZR 146/10, NJW 2011, 915.

⁴⁸ BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09 Rn. 25, K&R 2010, 343 (345).

- die Recherche und Registrierung einer den Kundenwünschen entsprechenden Internet-domain („Domainservice“),
 - die Zusammenstellung der Webdokumentation, Bild- und Textmaterial durch einen Webdesigner („Vor-Ort-Beratung“),
 - die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internetpräsenz nach bestimmten einzelnen aufgeführten Vorgaben,
 - das „Hosting“ der Website und der Mailboxen auf den Servern der Anbieterin sowie die (diesbezügliche) weitere Beratung und Betreuung des Auftraggebers über eine Hotline des Anbieters.
- 34 Der Gegenstand des Internet-System-Vertrages ist demnach die auf einen bestimmten Zeitraum festgelegte Gewährleistung der Abrufbarkeit einer vom Anbieter für ihren Kunden erstellten und betreuten Website und somit die Herbeiführung eines konkreten Erfolges.

„Die „Abrufbarkeit“ der Website ist in diesem Zusammenhang nicht als Garantie für den jederzeitigen Zugriff über das Internet – die der Webhost-Betreiber wegen der technischen Gestaltung des Internets nicht übernehmen kann – zu verstehen, sondern dahin, dass die Website so bereit zu stellen ist, dass sie für Internetnutzer abgerufen werden kann, wenn das Internet im üblichen Rahmen den Zugriff ermöglicht (Redeker aaO, Rn. 980). Dem entsprechend ist dieser Vertrag – anders als der lediglich auf Verschaffung des Zugangs zum Internet angelegte „Access-Provider-Vertrag“ – nicht als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB, sondern als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB einzuordnen [...] Im Lichte dieser prägenden Zweckrichtung ist schließlich auch die vertraglich vereinbarte Betreuungs- und Beratungspflicht der Klägerin [des Anbieters] zu würdigen; auch diese zielt auf die Gewährleistung der Abrufbarkeit einer von der Klägerin [vom Anbieters] erstellten und betreuten Internet-Präsentation des Kunden.“⁴⁹

3. Anwendung der BGH-Rechtsprechung auf den Webshop-Outsourcing-Vertrag

- 35 Eine schlichte Übertragung der Rechtsprechung des BGH zum Internet-System-Vertrag auf das in den meisten Fällen deutlich breiter angelegte Webshop-Outsourcing wäre zu kurz gegriffen. Die Bestandteile des Internet-System-Vertrags im Sinne der BGH-Rechtsprechung entsprechen beim Webshop-Outsourcing etwa Planung und Konzeptionierung, Bereitstellung und Anpassung von Hard- und Software, Einrichtung und Betrieb der Plattform, Pflege/Wartung und Webdesign. Der **Hauptunterschied** zum Internet-System-Vertrag liegt also, je nach vertraglicher Ausprägung im Einzelfall, in der Auslagerung von Fulfilment und Customer Care, sowie in der Gesamtkoordination und -steuerung aller Leistungen durch den Outsourcing-Anbieter.
- 36 Der Webshop-Outsourcing-Vertrag geht, je nach Ausgestaltung, hinsichtlich der vertragswesentlichen Leistungspflichten über den Internet-System-Vertrag hinaus. Ebenso wie Internet-System-Verträge sind Webshop-Outsourcing-Verträge dadurch gekennzeichnet, dass sie technischen Weiterentwicklungen (zB Cloud, Mobile Commerce und Location Based Services) unterworfen sind und innerhalb von Datennetzen abgewickelt werden bzw. ihr Gegenstand mit solchen Datennetzen eng verbunden ist. Insgesamt ist die Vertragsgestaltung geprägt von der fortschreitenden Medienkonvergenz und modernen nutzungs- und intensitätsabhängigen Vergütungsmodellen. Gleichzeitig spielen Elemente des Outsourcing und Elemente des klassischen Online-Vertriebs eine Rolle. Die Ausprägung des Vertrages kann nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers stark variieren, angefangen von Vertragsgestaltungen, die dem Internet-System-Vertrag sehr nahe kommen, bis hin zu umfassenden Modellen von Business-Process-Outsourcing.

4. Hauptleistungspflichten und vertraglicher Schwerpunkt

- 37 Als vertragliche Hauptleistungspflichten des Webshop-Outsourcings kommen in der Regel folgende Kernleistungen oder Teile hiervon in Betracht:

⁴⁹ BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09 Rn. 26, K&R 2010, 343 (345 f.) mwN auch zur Abgrenzung des Internet-System-Vertrages zu ASP-, Domain-Service-, Webdesign- und Webhosting-Vertrag.

- Planung und Konzeptionierung des Gesamtsystems: Beratung bei der Planung eines Projekts bis zur Feinspezifikation, wohl Dienstvertrag;⁵⁰ bei Erstellung der Feinspezifikation uä wohl Werkvertrag;⁵¹
- Bereitstellung und Anpassung eines Webshop-Systems (Hardware und Software einschließlich der Dokumentationen), Werklieferungsvertrag bzw. Werkvertrag;⁵²
- Einrichtung und laufender Betrieb der Infrastruktur, der Shop-Plattform und des Webshops sowie Bereitstellung von Cloud-Services (ohne SLA/Verfügbarkeit: Hins. Vermittlungsfunktionen Dienstvertrag, hins. Bereitstellungs- und Nutzungsfunktionen Mietvertrag; mit SLA/Verfügbarkeit eher Werkvertrag);⁵³
- Wartung und Pflege des Gesamtsystems, strittig, wohl Werkvertrag; bei Hotline-Service evtl. Dienstvertrag, bei Verfügbarkeitszusagen jedoch Werkvertrag;⁵⁴
- Erbringung des Fulfilments (Lagerhaltung, Verpackung, Transport etc) in der Regel kein einheitlicher Vertragstyp,⁵⁵ aber je nach Ausgestaltung: Frachtführung⁵⁶ wohl Werkvertrag; ebenso Spedition,⁵⁷ anders ggf., wenn der Speditionsvertrag ein Rahmenvertrag ist; Lagerhaltung zumeist Verwahrvertrag;⁵⁸ anders ggf. bei verkehrsbedingter Zwischenlagerung; Verpackung regelmäßig Bestandteil der Lagerhaltung und damit Verwahrvertrag;⁵⁹ bei Bereitstellung der Verpackungsmaterialien evtl. Werk- bzw. Werklieferungsvertrag; Payment-Leistungen und selbstständiger Inkassovertrag Geschäftsbesorgungsvertrag⁶⁰ mit dienstvertraglichem Charakter;⁶¹ Inkasso ggf. echtes oder unechtes Factoring;
- Betrieb des Customer Care Centers (Call Center, Retouren etc) wohl Dienstvertrag, bei Retourenabwicklung evtl. auch werkvertraglich gestaltbar;⁶²
- Schulung,⁶³ Training (in Abgrenzung zur bloßen Einweisung und Einarbeitung, die eher Annex zur Lieferung der Software und deren Installation ist);⁶⁴ Ausarbeitung eines umsetzungsfähigen Schulungskonzepts wohl Werkvertrag, wohingegen die Durchführung der Schulungstermine mit aufwandabhängiger Vergütung eher dienstvertraglich einzuordnen ist, weil der Schulung insoweit das nötige Erfolgsmoment fehlt;⁶⁵

⁵⁰ Ähnlich → § 11 Erstellung von Software Rn. 12 ff.

⁵¹ → § 11 Erstellung von Software Rn. 35.

⁵² Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 522 ff.

⁵³ Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 334.

⁵⁴ Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 160 f; Moritz CR 1999, 541; Bartsch NJW 2002, 1526; siehe auch → § 14 Softwarepflege und Support → § 15 Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme. Zur Hotline: Schneider Kap. P. Rn. 151. Ist die Hotline jedoch Teil einer Pflegeleistung, können durch die Querverbindungen zur Mängelbeseitigung bzw. Instandsetzung werkvertragliche Aspekte bestehen, insbesondere wenn die Systemverfügbarkeit als Garantie ausgeprägt ist.

⁵⁵ Vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen/Koller, 9. Aufl. 2019, HGB § 407 Rn. 1.

⁵⁶ Zum Frachtvertrag als einheitlicher Vertrag sowie in Abgrenzung zur Spedition und mit lagervertraglichen und werkvertraglichen Elementen siehe Koller/Kindler/Roth/Drüen/Koller, 9. Aufl. 2019, HGB § 407 Rn. 1.

⁵⁷ Koller/Kindler/Roth/Drüen/Koller, 9. Aufl. 2019, HGB § 453 Rn. 1.

⁵⁸ Der Lagervertrag ist eine besondere handelsrechtliche Form der Verwahrung. Soweit §§ 467 ff. HGB nicht eingreifen, etwa weil kein gewerbliches Unternehmen betrieben oder kein Gut iSv § 467 HGB eingelagert wird, greifen §§ 688 ff. BGB. Zum Lagervertrag, auch zum Pfandrecht siehe BGH 24.1.2002 – I ZR 255/99; BGH 10.6.2010 – I ZR 106/08.

⁵⁹ Koller/Kindler/Roth/Drüen/Koller, 9. Aufl. 2019, HGB § 467 Rn. 1.

⁶⁰ BGH 30.4.1992 – IX ZR 176/91, NJW 1992, 1960 (1961).

⁶¹ Schimansky/Bunte/Lwowski/Nobbe BankR-HdB § 61 Rn. 4;; Claussen/van Look BankR § 4 Rn. 69; MüKoHGB/Häuser Bd. 5 Zahlungsverträge Rn. D 261.

⁶² Das Call Center im Zusammenhang mit Customer Care steht den Kunden des Auftraggebers zur Verfügung. Zur Hotlineleistungen im Sinne von Pflege (Support und Mängelbeseitigung) siehe Schneider Kap. M Rn. 479 ff.

⁶³ OLG Stuttgart 23.6.1986 – 2 U 252/85, CR 1988, 24 und OLG München 22.3.2000 – 7 U 5021/99, CR 2000, 731.

⁶⁴ Weiter abzugrenzen ist die Schulung von der Hotline und den sonstigen Unterstützungsleistungen im Sinne von Beratung, vgl. Schneider Kap. M. Rn. 222 ff.

⁶⁵ Betont man jedoch den Erfolgscharakter der Schulung – etwa Herstellung der Abnahmefähigkeit bei den Mitarbeitern des Auftraggebers – lässt es sich zumindest vertreten, die Schulung als erfolgsorientiert und damit als Werkvertrag zu qualifizieren, vgl. etwa OLG Frankfurt aM 2.2.1994 – 23 U 25/92, CR 1995, 222. Zu Schulung/Einweisung → § 11 Erstellung von Software Rn. 101 ff.

- Werbeagenturleistungen (Texte, Fotos, Newsletter, Mailing, Website-Analyse, Affiliate Marketing etc) Einzelleistungen gegen monatliche Pauschalvergütung in der Regel Dienstvertrag, bei Vereinbarung eines umsetzungsfähigen Werbekonzeptes eher Werkvertrag;⁶⁶
 - Gesamtkoordinierung und -steuerung durch den Auftragnehmer ist als Teil der Projektverantwortung des Auftragnehmers Kennzeichen für Werkvertrag; liegt die Gesamtkoordinierung und -steuerung auf Seiten des Auftraggebers, spricht dies eher für Dienstvertrag.⁶⁷
- 38 Für die vertragstypologische Einordnung hat dies zur Folge, dass **einzelne Leistungen unterschiedlichen Vertragstypen zuzuordnen** sind und dennoch in einem **einheitlichen Vertrag** geregelt werden sollen. Fraglich ist dann die Vertragstypologie des Gesamtvertrages. Diese richtet sich zunächst danach, in welchem Bereich der unterschiedlichen Einzelbestandteile⁶⁸ der Schwerpunkt der Leistungen liegt, welche Leistungen dem Webshop-Outsourcing das „Gepräge“ geben. Welcher Vertragsbestandteil jeweils den Schwerpunkt der Leistung bildet, ist im konkreten Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.⁶⁹
- 39 Bei Betrachtung der einzelnen Leistungsbestandteile dürfte beim Webshop-Outsourcing in der Regel der **Schwerpunkt der Leistung** auf der Bereitstellung und Anpassung eines Webshop-Systems (Hardware und Software) und der Einrichtung und dem laufenden Betrieb der Shop-Plattform liegen. Ohne das Hinzutreten von SLA⁷⁰ liegen tendenziell in Anlehnung an die BGH-Entscheidung zum Access-Provider⁷¹ im Hinblick auf die Vermittlungsfunktionen Dienstvertrag, im Hinblick auf die Bereitstellung und Nutzungsfunktionen Mietvertrag⁷² nahe. Verfügbarkeitsregeln als Leistungsbestimmung dürften dagegen zusätzlich eine werkvertragliche Komponente einbringen, wenn nicht dadurch insgesamt aus dem Outsourcing ein Werkvertrag wird.
- 40 Nach *Schneider* hat sich die Diskussion zum Vertragstyp an Providerverträgen entzündet, deren Strukturen aber „klassischen“ IT-Verträgen nicht fremd sind. Die Probleme etwa bei SLA und Mängelhaftung sind praktisch die Gleichen.⁷³ Auch wenn die Leistungsbereiche Fulfilment (Logistik) und Customer Care (Hotline) das Webshop-Outsourcing vom Plattformvertrag abgrenzen, geben diese Leistungen dem Webshop-Outsourcing wohl nicht das „Gepräge“.

5. Webshop-Outsourcing als Gesamtsystem

- 41 Der **Auftraggeber** wird beim Webshop-Outsourcing regelmäßig das Gesamtsystem als funktionierende Einheit sämtlicher Leistungsbestandteile verlangen. Hierbei wird aus Sicht des Auftraggebers meist nicht zwischen den einzelnen Leistungsbestandteilen und ihren Grenzen unterschieden. Im Vordergrund steht die Verantwortungsübernahme für das Gesamtsystem durch den Auftragnehmer sowie der Erfolg, dass ein Kunde des Auftraggebers im Rahmen der vereinbarten Verfügbarkeit den Webshop nutzen kann und dass Bestellungen ordnungsgemäß (rück)abgewickelt werden.
- 42 Regelt der Vertrag eine **Gesamtlösung**⁷⁴ oder die Herstellung und den Betrieb eines einheitlichen **Gesamtsystems** mit Verfügbarkeiten, SLA, Malus/Bonussystem uä, steht **insgesamt**

⁶⁶ Verträge zwischen Werbeagentur und werbendem Unternehmen, die auf Beratung und Konzeptionierung von Werbekampagnen abzielen und mit monatlich fälligen Pauschalbezügen honoriert werden, sind Dienstverträge (OLG Hamburg OLGR 1997, 18). Zu „vorvertraglichen“ Vergütungsansprüchen bei Webdesignern, Werbeagenturen und EDV-Dienstleistern sowie zum werkvertraglichen Charakter bei umsetzungsfähigem Werbekonzept, siehe auch Alpert CR 2001, 213 (214).

⁶⁷ BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118 (zur Vertragstypologie); BGH 2.9.1999 – VII ZR 225/98, NJW 2000, 202 (zur Kündigung aus wichtigem Grund).

⁶⁸ Zur Übersicht über die einzelnen Vertragsgegenstände des Webshop-Outsourcing → Rn. 10 ff.

⁶⁹ Vgl. Jauernig/Stadler, 18. Aufl., BGB § 311 Rn. 30.

⁷⁰ Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 334.

⁷¹ BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, CR 2005, 816 mAnm Schuppert.

⁷² BGH 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75 – ASP.

⁷³ Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 334.

⁷⁴ Zum Gesamtlösungsrecht vom Outsourcing-Vertrag siehe Bräutigam/Grapentin, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 294 ff.

der werkvertragliche Charakter im Vordergrund.⁷⁵ Das gilt insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer die Gesamtkoordination und -steuerung aller Leistungsbereiche schuldet. In diesem Fall sind aus Sicht des Auftraggebers va Plattform, Fulfilment und Customer Care derart miteinander verbunden, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben. So machen für den Auftraggeber zB Lagerhaltung, Logistik und Call Center regelmäßig keinen Sinn, wenn nicht die Online-Verfügbarkeit der Webpräsenz geleistet wird.

Der **Auftragnehmer** hat dagegen regelmäßig das Interesse, die einzelnen Leistungsbestandteile des Webshop-Outsourcing soweit wie möglich voneinander zu trennen und einzugrenzen, insbesondere im Hinblick auf Schnittstellen zu Auftraggebersystemen und Subunternehmern, etwa bei Cloud-Anbietern, Call Center und Logistik. Regelmäßig will der Auftragnehmer nicht weiter haften, als der Subunternehmer im Rahmen seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁷⁶ Die vertragliche Übernahme einer Gesamtverantwortung für das Funktionieren und das Zusammenwirken der einzelnen Leistungsbestandteile wird aus dieser Sicht eher zu vermeiden sein, was aber bei Generalunternehmerverträgen zumindest in AGB nur begrenzt möglich ist.⁷⁷ 43

III. Vertragsgestaltung

1. Vertragsaufbau

Der Aufbau eines Webshop-Outsourcing Vertrages könnte – bei einer eher auftraggeberfreundlichen Gestaltung – beispielsweise wie folgt aussehen: 44

Checkliste

- I. Präambel⁷⁸
- II. Definitionen⁷⁹
- III. Vertragsdokumente und Rangfolge
- IV. Vertragsgegenstand und Überblick über die Leistungen des Auftragnehmers⁸⁰
 1. Vertragsgegenstand
 2. Überblick über die Leistungen des Auftragnehmers
 - 2.1. Kernleistungen
 - 2.2. Gesamtsteuerung, Gesamtkoordination und Synchronisierung⁸¹
 - 2.3. Technische Ausgestaltung der IT-Infrastruktur des Auftragnehmers
 - 2.4. Performance, SLA
 - 2.5. Sicherheit (Sicherheitskonzept im Hinblick auf Datenschutz und betriebliche Sicherheit)
 - 2.6. Überwachungs-, Mess-, Berichts- und Informationspflichten⁸²
 - 2.7. Not- und Katastrophenfälle⁸³
- V. Einzelheiten zu wesentlichen Leistungen des Auftragnehmers⁸⁴
 1. Planung und Konzeptionierung des Gesamtsystems⁸⁵
 2. Bereitstellung und Anpassung des Webshop-Systems⁸⁶

⁷⁵ Vgl. Schneider Kap. M. Rn. 418 f.

⁷⁶ Bei Logistikleistungen kommen sehr häufig die Allgemeinen Deutschen Spediteursbedingungen (ADSp) zum Einsatz, die gerade im Bereich der Haftung Sondervorschriften enthalten, dazu im Einzelnen → Rn. 66 ff.

⁷⁷ Ausführlich zu Subunternehmerverträgen und der Sandwich-Position des Generalunternehmers → § 11 Erstellung von Software Rn. 220 ff.

⁷⁸ Ein Formulierungsvorschlag für eine Zielbestimmung eines Projektvertrages findet sich unter → § 18 IT-Projektmanagement.

⁷⁹ → Rn. 45 f.

⁸⁰ → Rn. 11 und Rn. 37.

⁸¹ → Rn. 37 und 41 ff.

⁸² → Rn. 47 f.

⁸³ → Rn. 48.

⁸⁴ → Rn. 51 ff.

⁸⁵ → Rn. 51 ff.

3. Einrichtung und Betrieb der Shop-Plattform
 - 3.1. Hosting und Rechenzentrumsbetrieb⁸⁷
 - 3.2. Datensicherung und Back-up⁸⁸
4. Wartung und Pflege des Gesamtsystems⁸⁹
 - 4.1. Fehler-Analyse und -Beseitigung, Wartungsarbeiten und Updates
 - 4.2. Mindestverfügbarkeit des Gesamtsystems, Funktionsgarantie
 - 4.3. Betrieb eines HelpDesks für Mängelbeseitigung und Supportanfragen des Auftraggebers
5. Erbringung des Fulfilments⁹⁰
 - 5.1. Beschreibung der einzelnen Funktionen
 - 5.2. Lagerhaltung
6. Betrieb des Customer Care Centers für Endkunden⁹¹
7. Export⁹²
8. Dokumentationen
9. Schulung, Training⁹³
- VI. Mitwirkung⁹⁴
 1. Grundsatz
 2. Einhaltung der Anlieferrichtlinien des Auftraggebers
 3. Meldepflichten und sonstige behördlichen Verfahren
- VII. Tests und Start des Produktivbetriebs; Übernahme von Änderungen⁹⁵
 1. Start des Produktivbetriebs, Stichtag
 2. Tests und Nachweis der Funktionsfähigkeit
 3. Übernahme zum Stichtag
 4. Übernahme von Änderungen
- VIII. Organisation und Regeln der Zusammenarbeit⁹⁶
- IX. Konfliktlösung und Eskalationsmanagement⁹⁷
- X. Rechtseinräumung, Schutzrechte Dritter, Freistellung
 1. Nutzungsrechte⁹⁸
 2. Schutzrechte Dritter, Freistellung
- XI. Personaleinsatz und Unteraufträge (Subunternehmer)
- XII. Vergütung und Abrechnung, Zahlungsmodalitäten, Sicherung des Vergütungsanspruchs⁹⁹
 1. Höhe der Vergütung, Steuern, Währung, Verzugszinsen
 - 1.1. Setup- und Projektierungskosten
 - 1.2. Laufende Kosten
 - 1.3. Allgemeine Regelungen zur Vergütung
 - 1.4. Preisanpassung bei Subunternehmerleistungen
 2. Abrechnung der Leistungen des Auftragnehmers, Nachweis, Einsichtsrecht
 3. Rechnungsstellung, Zahlungsmodalitäten, Fälligkeit

⁸⁶ Einzelheiten zur Software-Erstellung und Anpassung → § 11 Erstellung von Software.

⁸⁷ Einzelheiten zu Webhosting → § 21 Providerverträge.

⁸⁸ → Rn. 49.

⁸⁹ Einzelheiten zu Pflege → § 14 Softwarepflege und Support. Im Übrigen → Rn. 49 ff.

⁹⁰ Hierzu → Rn. 61–81.

⁹¹ Hierzu → Rn. 82–84.

⁹² Hierzu → Rn. 67 f.

⁹³ → § 18 IT-Projektmanagement.

⁹⁴ → § 18 IT-Projektmanagement.

⁹⁵ → § 18 (IT-Projektmanagement).

⁹⁶ → § 18 IT-Projektmanagement.

⁹⁷ → § 18 IT-Projektmanagement.

⁹⁸ Setzt der Webshop-Outsourcing Anbieter im Hinblick auf das Webshop-System Fremdsoftware ein und ist die Rechtseinräumung so gestaltet, dass der Auftraggeber die Software nicht kaufrechtlich erwirbt, sondern gegen monatliches Entgelt nutzt (Miete, Leasing, ASP etc) müsste vorsorglich im Hinblick auf die Drittlizenzen geprüft werden, ob ein Hosting zulässig ist. Siehe dazu Söbbing MMR 2007, 479 sowie → § 13 (Überlassung von Software auf Zeit).

⁹⁹ → Rn. 85 ff.

- XIII. Pfandrecht, Sicherungsabtretung, Eigentum an der Ware des Auftraggebers, Lagerhaltung¹⁰⁰
- XIV. Herrschaft über die Daten, Datenschutz, Datensicherheit
- XV. Sach- und Rechtsmängel, Service Level¹⁰¹
 - 1. Sach- und Rechtsmängel bei Softwareleistungen
 - 2. Sach- und Rechtsmängel des Gesamtsystems
 - 3. Fehler, Fehlermeldungen, Bearbeitung von Fehlern
 - 3.1. Fehlermeldung und Fehlerdokumentation
 - 3.2. Fehlerklassen
 - 3.3. Bearbeitung von Fehlern; Zuordnung von Fehlern und Konsequenz
- XVI. Monitoring und Service Level Berichte
 - 1. Monitoring
 - 2. Service Level Berichte
- XVII. Änderungen und Change Management¹⁰²
- XVIII. Quellcodeübergabe und Quellcodehinterlegung¹⁰³
- XIX. Audit, Kontrollen, Inventur
 - 1. Audits¹⁰⁴
 - 2. Besichtigung des Lagers¹⁰⁵
 - 3. Inventur¹⁰⁶
- XX. Geheimhaltung, Öffentlichkeitsarbeit
- XXI. Haftung
 - 1. Verzögerung der Leistungen
 - 2. Haftung für Beschädigung der Ware des Auftraggebers während der Lagerung
 - 3. Haftungsbeschränkung bezüglich logistischer Leistungen im Bereich Fulfilment und ADSp¹⁰⁷
 - 4. Haftung des Auftragnehmers bei Inanspruchnahme wegen Sach- und Rechtsmängeln der Ware des Auftraggebers
- XXII. Versicherungen¹⁰⁸
- XXIII. Laufzeit und Beendigung¹⁰⁹
 - 1. Vertragsdauer
 - 2. Sonderkündigungsrecht
 - 3. Außerordentliche Kündigung
 - 4. Schriftform
 - 5. Abwicklung des Vertrages bei Beendigung
 - 5.1. Rückgewähr
 - 5.2. Regelungen zu Nutzungsrechten bei Beendigung
 - 5.3. Abwicklung des Lagers und restlicher Bestellungen
 - 5.5. Abwicklung des Fulfilment
 - 5.6. Abwicklung/Rückgabe von Daten, Datenbanken und sonstigen Vertragsgegenständen
 - 5.7. Vergütung in der Abwicklungsphase
- XXIV. Schlussbestimmungen

¹⁰⁰ → Rn. 69 ff.

¹⁰¹ → § 18 IT-Projektmanagement.

¹⁰² Einzelheiten → § 18 IT-Projektmanagement.

¹⁰³ Einzelheiten → § 38 IT in der Insolvenz, Escrow.

¹⁰⁴ → Rn. 73.

¹⁰⁵ → Rn. 74.

¹⁰⁶ → Rn. 75 f.

¹⁰⁷ → Rn. 77 ff., Rn. 80.

¹⁰⁸ → Rn. 81.

¹⁰⁹ → Rn. 100 ff. sowie → § 19 Outsourcing-Verträge.

2. Einzelheiten zu einigen wesentlichen Regelungsbereichen

- 45 a) **Definitionen.** Gerade das Zusammenspiel einer Vielzahl unterschiedlicher Leistungen zu einem funktionierenden Gesamtsystem setzt voraus, dass die einzelnen Leistungsinhalte genau bestimmt sind. Damit wird Zielklarheit geschaffen und eine sinnvolle Handhabung des Änderungsmanagements ermöglicht. Die Zuordnung von Leistungsstörungen wird erleichtert, insbesondere dann, wenn in Teilbereichen Subunternehmer eingeschaltet werden.
- 46 Leistungsabgrenzung anhand von Definitionen können sinnvoll sein, wobei die Inhalte der nachfolgenden Definitionen lediglich als Anregung zu verstehen sind und stark vom Einzelfall abhängen.

Customer Care Center	Ist die Organisationseinheit, die sich mit der Kundenkommunikation, Stornierungen, Gutschriften, Adressbearbeitung und ähnlichen Leistungen befasst.
Fulfilment	Sind alle Handlungen, die verkäuferseitig für den Fernabsatzgeschäftsprozess erforderlich sind, einschließlich Warenannahme, Fakturierung, Kommissionierung, Versand, Warenausgang, Retourenabwicklung, Widerruf, Debitorenmanagement und Bonitätsprüfung, sowie die Erfüllung sämtlicher Belehrungs-, Informations- und Datenschutzpflichten im elektronischen Rechtsverkehr und in der Auftragsdatenverarbeitung.
Gesamtsystem	Ist die funktionierende Einheit von <i>Webshop-System</i> und <i>Shop-Plattform</i> sowie <i>Fulfilment</i> und <i>Customer Care</i> .
Shop-Plattform	Ist die gesamte IT-Infrastruktur bestehend insbesondere aus Hardware, Speicher, Rechenkapazität, Netzwerk, Betriebssystem, Applikationen, Software, Datenbank und Daten, die für den erfolgreichen Betrieb des <i>Gesamtsystems</i> erforderlich ist.
Webshop-System	Ist die speziell für den <i>Kunden</i> angepasste Standard-Software [...]

- 47 b) **Überwachungs-, Mess-, Berichtspflichten; Not- und Katastrophenfälle.** Grundsätzlich sollte geregelt werden wer das *Gesamtsystem* laufend überwacht (Monitoring) und Auffälligkeiten aufzeichnet und berichtet (Reporting). Liegt die Überwachungspflicht beim Auftragnehmer, kann der Auftraggeber die Pflichterfüllung nur wirksam kontrollieren, wenn er vom Auftragnehmer laufend durch ein geeignetes Berichtswesen informiert wird. Dies ist in datenschutzrechtlicher Hinsicht schon allein deshalb erforderlich, weil der Auftraggeber im Falle einer **Auftragsverarbeitung**¹¹⁰ nicht nur einmalig nach Vertragsschluss sondern regelmäßig zu Kontrollen während des laufenden Betriebs verpflichtet ist. Zudem benötigt der Auftraggeber in handels- und steuerrechtlicher Hinsicht ausreichende Nachweise über die Geschäftstätigkeit im Webshop, insbesondere, wenn der Auftraggeber selbst Vertragspartner der Webshop-Kunden wird. Sinnvolle Themen der Berichte können insbesondere
- IT-Sicherheit,
 - Performance,
 - Verfügbarkeit,
 - statistische und nutzerbezogene Auswertungen,
- sein, die der Auftragnehmer im Rahmen des Monitoring laufend misst. Dazu können auch Service-Level-Berichte gehören, die durch die Installation geeigneter Mess- und Kontrollinstrumente Einblick in die Einhaltung der Service Levels geben.
- 48 Darüber hinaus ist zu regeln, wer für Not- und Katastrophenfälle angemessene Vorkehrungen trifft und entsprechende Kapazitäten bereithält, insbesondere im Hinblick auf eine Staffelung von Ausfall- bzw. Back-up-Szenarien. Bei Cloud-Lösungen liegt dies in der Verantwortung des Outsourcing-Anbieters. Bei on-premise Lösungen werden durch den Auftraggeber häufig **Hot-/Cold-Standby-Lösungen** eingesetzt. Speziell bei Hot-Standby stellt sich jedoch das Problem, dass möglicherweise zusätzliche Lizenzen im Hinblick auf die ein-

¹¹⁰ Zur Auftragsverarbeitung im Einzelnen → Rn. 92 ff.

gesetzte Software angeschafft werden müssen.¹¹¹ Notfallpläne sind stets aktuell und verfügbar zu halten, damit der Auftraggeber gegenüber Dritten (zB Aufsichtsorganen wie BaFin) Nachweise über die Planung im Not- und Katastrophenfall erbringen oder den Auftraggeber im Hinblick auf die Einhaltung der Pläne in Anspruch nehmen kann.

c) **Rechte an den Daten, Datensicherung und Back-up.** Wesentlich im Rahmen der Rechtseinräumung sind neben den Nutzungsrechten an der Software (ua am angepassten Webshop-System und an Schnittstellen zu internen Systemen des Auftraggebers) in erster Linie die Rechte an den durch den Betrieb des Webshops entstehenden urheberrechtlich geschützten Werken und an den Daten. Die Rechtsverhältnisse hierzu sind vertraglich abzubilden. Unter Verfügbarkeits- und Wiederanlauf-Aspekten sollte aus Auftraggebersicht geregelt werden, dass diesem stets auch das Datenensemble und alle Einstellungen am Webshop/-System insgesamt, auch als Datenbank, „gehören“ und er jederzeit eine Kopie herausverlangen kann. Daneben muss durch die Leistungsbeschreibung va bei on-premise Systemen klargestellt sein, etwa iVm Datensicherung, Back-up uä, dass diese Schutzpositionen gewahrt sind. Dies setzt eine entsprechende Regelung zur Dauer der Aufbewahrung voraus. Bei einem umfassenden Webshop-Outsourcing sind diese Maßgaben auch als technische und organisatorische Maßnahmen iSd Art. 32 Abs. 1 DS-GVO erforderlich (insbesondere Verfügbarkeit personenbezogener Daten und rasche Wiederherstellung des Zugangs zu ihnen bei einem physischen oder technischen Zwischenfall, s. Art. 32 Abs. 1 lit. c DS-GVO). Bei Cloud-basierten Plattformsystemen sind diese Maßnahmen beim Cloud-Anbieter sicherzustellen.

Denkbar wäre (eher auftraggeberfreundlich) etwa eine Regelung ähnlich wie folgt:

50

Formulierungsvorschlag:

Datensicherungen und Back-ups des Gesamtsystems zum Zwecke der Sicherung für den Fall von Ausfällen des Gesamtsystems und/oder seiner Teile sowie zum Zwecke der Sicherung für den Fall von Ausfall des Auftragnehmers sind Sache des Auftragnehmers. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Vorhaltung der erforderlichen IT-Infrastruktur, als auch für den Anstoß zur Durchführung der Datensicherungs-Läufe der in Abhängigkeit von der Frequenz der Nutzung, mindestens jedoch einmal täglich durchzuführen ist.

Der Auftragnehmer wird inkrementelle Back-ups mindestens 14 Tage, Vollsicherungen dagegen mindestens 6 Monate aufbewahren.

Für die Durchführung darüber hinausgehender Back-ups, insbesondere für die Sicherung und Aufbewahrung älterer Back-ups als des jeweils Jüngsten, sowie für die Einhaltung handels- und steuerrechtlicher Aufbewahrungsfristen hinsichtlich der gesicherten Daten ist der Auftragnehmer ausschließlich verantwortlich.

Der Auftragnehmer stellt durch den Einsatz geeigneter Mittel, insbesondere durch den Einsatz von Virenschernern und Firewalls sicher, dass unberechtigte Zugriffe auf die Daten des Auftraggebers und die Übermittlung schädigender Daten, insbesondere Viren, verhindert bzw. unterbunden werden.

d) **Planung und Konzeptionierung, Erstellung des Webshops.** Zur Planung und Konzeptionierung gehören etwa folgende Leistungen einschließlich der Zuordnung der Verantwortlichkeiten hierfür:

- die Erstellung eines vollständigen, qualifizierten Leistungsverzeichnisses (Pflichtenheft/technische Feinspezifikation)/bzw im agilen Ansatz zumindest Festlegung von zu erfüllenden funktionalen Anforderungen (Ergebnistypen);
- die Gesamtsteuerung, die Koordination und die Synchronisierung der am *Webshop/Outsourcing* beteiligten Subunternehmer und Drittanbieter (insbesondere Scoringanbieter und Auskunftfeien, e-Payment⁻¹¹² und Inkassoanbieter, ggf. Cloud-Anbieter);

¹¹¹ S. hierzu iE Söbbling ITRB 2007, 50.

¹¹² Zum E-Payment und E-Invoicing → § 27; ob auch mit dem E-Payment Anbieter eine Auftragsverarbeitungsvereinbarung erforderlich ist hängt davon ab, ob der Auftraggeber oder in dessen Auftrag der Auftrag-

- die Gesamtkoordination sämtlicher zur Erfüllung dieses Vertrags erforderlicher Leistungen und Mitwirkungspflichten bei der Erstellung und beim Betrieb des Webshops (etwa im Hinblick auf klassische Werbeagenturleistungen, Affiliate-Programme, Search-Engine-Optimizing/-Advertisingetc);
 - die Budgetierung der Setup- und Installations-Kosten (meist als Regelung zu den Gesamtkosten).
- 52 Im Rahmen der Erstellung des Webshops sind vertraglich etwa erforderliche Individualanpassungen der Standard-Software nach den Vorgaben und/oder in Abstimmung mit dem Auftraggeber an dessen fachlichen Vorgaben zu regeln, insbesondere im Hinblick auf Produktpäsentation, Bestellungsabwicklung und Design des Webshops. Übliche Funktionalitäten der Software sind meist
- Warenkorb,
 - Wunschzettel,
 - Mehrsprachigkeit,
 - Integration von ERP-, CMS-, CRM-, SRM-Systemen
 - Template-Verwaltung,
 - Verwaltung des Nutzerkontos („Mein Konto“-Funktion),
 - Bewertungen/Kundenrezensionen.
- 53 Durch die Etablierung von mobilen Endgeräten im Alltag ist bei der Konzeptionierung und Planung des Webshops auch die Möglichkeit der Anzeige des Angebots auf Tablets und Smartphones („responsive Webdesign“) zu bedenken. Wenn nicht zwei unterschiedliche Lösungen für Desktop und mobile Endgeräte erstellt werden sollen, können beispielsweise bei der Erstellung des Webshops Cascading Style Sheets (CSS) verwendet werden, bei der die aufgerufene Website erkennt für welches Ausgabemedium sie erstellt wurde. Sog Media Queries, bei denen etwa Betriebssystem, Browsertyp, Größe und Bildschirmauflösung abgefragt werden, bewirken eine automatisierte Anzeige des Webshops optimiert auf das Ausgabegerät.¹¹³
- 54 Auch die Einbindung von **Social-Media Plug-ins**, die Nutzung von **Tracking-Tools** und das Angebot des Webshops als **Smartphone-App** sind Aspekte der Planung und Konzeptionierung.¹¹⁴
- 55 e) **Service-Level, Wartung und Pflege des Gesamtsystems.** Wenn im Rahmen des Webshop-Outsourcing die Parteien Mindestverfügbarkeiten vereinbaren, machen sie sich häufig keine Gedanken darüber, dass diese Verfügbarkeitszusagen regelmäßig nur die Verfügbarkeit des Webshops im Internet betreffen, nicht dagegen die Verfügbarkeit des Call-Centers und die reibungslose Abwicklung der Warensendung. Bei der Vereinbarung von Service-Levels ist aus Auftraggebersicht daher nicht nur die Verfügbarkeit der Internetpräsenz und die Pflege und Wartung der IT-Infrastruktur ausschlaggebend, sondern ein funktionierendes Gesamtsystem. Allein durch den Betrieb eines HelpDesks ist dem Auftraggeber beim Webshop-Outsourcing in der Regel nicht gedient.
- 56 Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann diesem Interesse zB durch Klauseln zur **Verfügbarkeit des Gesamtsystems** oder durch **Funktionsgarantien** bezogen auf das Gesamtsystem Rechnung getragen werden. Hierbei wird die Schwierigkeit meist darin liegen, Verfügbarkeiten für die unterschiedlichen Leistungsteile überhaupt zu definieren und zu messen und in einer einheitlichen Verfügbarkeitszusage zu regeln. Gesamtverfügbarkeiten bilden zudem meist nur eine durchschnittliche Verfügbarkeit ab. Ist in Teilbereichen eine Hochverfügbarkeit erforderlich, oder eine einheitliche Verfügbarkeit rein tatsächlich nicht zu definieren, können alternativ die einzelnen Leistungsbestandteile getrennt voneinander auf Einhaltung von Service-Levels geregelt und beurteilt werden. Kontinuierliche Verfügbarkeitsmessungen bei Call-Center und Logistik sind in der Regel nicht möglich. Ausfälle werden meist nur

nehmer Endkundendaten an den E-Payment-Anbieter übermittelt, oder ob im Webshop lediglich ein externer Link gesetzt wird, ohne dass personenbezogene Daten zwischen Webshop und E-Payment-Anbieter ausgetauscht werden.

¹¹³ Vgl. http://en.wikipedia.org/wiki/Media_queries.

¹¹⁴ Hierzu im Detail → § 28 Apps und Social Media.

durch Beschwerden von Kunden dokumentiert, wenn die Erreichbarkeit des Call-Centers nicht gegeben war oder Warensendungen nicht oder zu spät geliefert wurden. Denkbar wäre bei nachweisbaren und stichhaltigen Kundenbeschwerden eine Malusregelung vorzusehen. Zur Evaluation der Kundenmeinung sind branchenüblich zB Fragenkataloge nach Abschluss des Bestellvorgangs, bei denen die Kunden durch einen Anreizmechanismus (zB Gutscheine) zum Ausfüllen und zur Rückleitung animiert werden.

Auftragnehmerseitig besteht demgegenüber die Schwierigkeit, dass für einzelne Leistungen, va Logistik, häufig Subunternehmer eingeschaltet werden worauf der Auftragnehmer, etwa beim Verlust von Warensendungen, wenig Einfluss hat. Das Interesse bei der Vertragsgestaltung wird in diesem Bereich eher darauf liegen, die Verfügbarkeitszusagen auf das Webshop-System zu beschränken.

Speziell im Zusammenhang mit Updates des Webshop-Systems ist zu beachten, dass ein erheblicher Unterschied darin liegen kann,

- a) ob der Auftragnehmer beim Bestellvorgang direkt in das Warenwirtschaftssystem des Auftraggebers bucht, oder
- b) ein eigenes Warenwirtschaftssystem betreibt (in diesem Fall bestellt der Auftragnehmer wie ein normaler Kunde und wird im Warenwirtschaftssystem des Auftraggebers entsprechend geführt, ohne dass es eine Schnittstelle zwischen Auftraggeber-System und Webshop-System gibt).

Im Fall b) gibt es zwei Warenwirtschaftssysteme, zwischen denen keine Schnittstelle besteht. In diesem Fall ist es ausschließlich Sache des Auftragnehmers im Rahmen der Pflege (insbesondere bei Updates und Upgrades) dafür Sorge zu tragen, dass das Webshop-System und das Warenwirtschaftssystem des Auftraggebers kompatibel sind und bleiben.

Besteht dagegen eine Schnittstelle (siehe Fall a), müssen Regelungen dafür vorgesehen werden, wer für die Kompatibilität der Systeme bei unabhängig voneinander erfolgender Pflege verantwortlich ist. Auch dies ist Bestandteil der Sicherstellung eines funktionierenden Gesamtsystems.

f) **Fulfilment.** Der Auftragnehmer erbringt unter dem Oberbegriff Fulfilment im Fall des vollständigen Outsourcings des Webshop-Betriebs von der Bestellung bis zur Auslieferung an den Kunden eine Vielzahl von Aktivitäten. Im Rahmen des Fulfilments kommen vor allem folgende Leistungen oder Teilbereiche hiervon in Betracht:

- Bestellungsannahme und -abwicklung;
- Warenannahme, Einhaltung der Anlieferrichtlinien des Auftraggebers;
- Lagerhaltung, Inventur;
- Fakturierung;
- Kommissionierung;
- Verpackung;
- Frankierung;
- Versand und Abwicklung des Warenausgangs (einschließlich paralleler Abbildung unterschiedlicher Versandsysteme);
- Logistik;
- Abwicklung des Zahlungsverkehrs (einschließlich paralleler Abwicklung mehrerer Zahlungsmethoden);¹¹⁵
- Rechnungsstellung;¹¹⁶
- Mahnwesen;
- Mehrwertdienste;
- Debitorenmanagement;
- Debitorenmanagement und Bonitätsprüfung;
- Export;
- Unterstützung des Auftraggebers bei Meldepflichten und sonstige behördlichen Verfahren (**Intrastat**);¹¹⁷

¹¹⁵ Hierzu im Detail → § 27 E-Payment und E-Invoicing.

¹¹⁶ Hierzu im Detail → § 27 E-Payment und E-Invoicing.

- alle Handlungen, die für den Vertrieb im Fernabsatzgeschäftsprozess erforderlich sind, zB Bearbeitung von Widerrufen und Erfüllung sämtlicher Belehrungs-, Informations- und Datenschutzpflichten im elektronischen Rechtsverkehr und in der Auftragsverarbeitung;
 - Retourenabwicklung.
- 62 *aa) Bonitätsprüfung, Scoring, Auskunfteien.* In der Regel wird der Auftraggeber ein Interesse daran haben, dass der Auftragnehmer – etwa zur Entscheidung, welche Bezahlungsmöglichkeiten dem Kunden im Webshop angezeigt werden – **Bonitätsprüfungen** durchführt. Einige Unternehmen nutzen sog. betriebs-, konzern- oder brancheninterne *Warndateien*,¹¹⁸ gegen die im Rahmen des Bestellprozesses die Adressangaben des Käufers im Webshop abgeglichen werden. Denkbar ist, dass der Outsourcing-Anbieter auch Inkasso-Leistungen (echtes oder unechtes Factoring oder Forderungseinziehung) selbst oder mittels Subunternehmern anbietet. Bei echtem Factoring wird die Forderung an den Inkasso-Anbieter verkauft und er trägt auch das Ausfallrisiko. In diesem Fall ist – auch hins. Bonitätsprüfung – der Inkasso-Anbieter Verantwortlicher und nicht Auftragsverarbeiter.¹¹⁹
- 63 Grundsätzlich ist eine Bonitätsprüfung nicht für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Endkunden notwendig. Die Weitergabe von Daten an Auskunfteien ist jedoch an den allgemeinen Erlaubnistatbeständen der DS-GVO zu messen¹²⁰ Die Bonitätsprüfung bzw. ein Profiling kann uU zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen (des Auftraggebers) erforderlich sein. Der Verantwortliche hat also eine **Interessenabwägung** durchzuführen.¹²¹ Die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, dürfen nicht überwiegen (Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO).¹²² Für den Verkäufer im Webshop ist ein berechtigtes Interesse, das Risiko von Zahlungsausfällen zu minimieren. Im Rahmen der Interessenabwägung ist ua zu prüfen, ob die herangezogenen Merkmale für den jeweiligen Vertragszweck relevant sind.¹²³ Wird im Rahmen der Bonitätsprüfung ein Profiling durchgeführt, ist Art. 22 DS-GVO¹²⁴ zu beachten. Ergibt die Interessenabwägung, dass das Risiko des Auftraggebers als berechtigtes Interesse gegenüber dem Interesse der betroffenen Person an einem Ausschluss der Übermittlung zum Zwecke der Bonitätsprüfung überwiegt (zB bei Vorleistung im Fall des Kaufs auf Rechnung), so ist die Einholung einer **Einwilligung** der betroffenen Person **entbehrlich**.¹²⁵ Gleichwohl muss die betroffene Person über die Durchführung der Bonitätsprüfung und die damit einhergehende Übermittlung der bonitätsrelevanten Daten an Dritte, etwa

¹¹⁷ Intrastat (kurz für **Inneregemeinschaftliche Handelsstatistik**) beruht auf der EG-Verordnung Nr. 638/2004 über die Gemeinschaftsstatistiken des Warenverkehrs zwischen Mitgliedstaaten. Diese und die EG-Verordnungen Nr. 1901/2000 und Nr. 1917/2000 regeln unionsweite Mindeststandards der handelsstatistischen Erfassung. Unternehmen müssen Versendungen und Eingänge zentral melden (Intrastat-Meldungen), in Deutschland an das Statistische Bundesamt. Von der Meldepflicht befreit für die jeweilige Verkehrsrichtung sind in Deutschland Unternehmen, deren im Intrahandel getätigten jährlichen Versendungen oder Eingänge in andere Mitgliedstaaten 500.000 Euro (Versendung) bzw. 800.000 Euro (Eingang) im laufenden Jahr oder im Vorjahr nicht überschritten haben. Wird diese Wertgrenze erst im laufenden Kalenderjahr überschritten, so beginnt die Meldepflicht mit dem Monat, in dem die Schwelle überschritten wurde. Die Abgabe dieser Meldungen ist in allen EU-Mitgliedsstaaten verbindlich. Siehe zum Formulierungsbeispiel auch → Rn. 68.

¹¹⁸ Gola/Reif, Kundendatenschutz – Leitfaden für die Praxis, 3. Aufl. 2011, Rn. 528 ff.

¹¹⁹ EuGH 22.11.201 – C-119/12 zum Factoring im Auftrag eines TK-Anbieters. Die Entscheidung ist noch zu RL 95/46/EG und RL 2002/58/EG ergangen, aber wohl auf die Einordnung als Auftragsverarbeiter nach Art. 28 DS-GVO übertragbar. Wird ein Unternehmen unmittelbarer Vertragspartner der betroffenen Person, kann es insoweit nicht Auftragsverarbeiter sein, auch wenn die Leistung im Auftrag eines Dritten erbracht wird. Ggf. kommt gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO in Betracht.

¹²⁰ Hierzu im Detail → § 34 Recht des Datenschutzes.

¹²¹ Forgó/Helfrich/Schneider/Helfrich Betr. Datenschutz, Teil IX. Kap. 3 Bonitätsbewertung Rn. 18.

¹²² Einzelheiten zum Scoring s. Kamlah/Walter PinG 2015, 159 f.; zur Rechtmäßigkeit des Scoring und der Übermittlung an Auskunfteien: Gola/Schulz DS-GVO Art. 6 Rn. 126 ff.; neben Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO kann Art. 6 Abs. 4 DS-GVO relevant sein, wenn das Scoring nicht bereits zum ursprünglichen Erhebungszweck der Daten gehört. Im Online-Shop wird jedoch die Bonitätsprüfung regelmäßig bereits Bestandteil der ursprünglichen Zweckfestlegung sein.

¹²³

¹²⁴ Sa Erwägungsgründe 71, 72 und 91 DS-GVO.

¹²⁵ Forgó/Helfrich/Schneider/Helfrich Betr. Datenschutz, Teil IX. Kap. 3 Bonitätsbewertung Rn. 17.

Auskunfteien, gem. Art. 12, 13 DS-GVO informiert werden. Nach Art. 13 Abs. 2 lit. f) DS-GVO muss der Verantwortliche in Fällen automatisierter Entscheidungsfindung und Profiling auch „*aussagekräftig*“ über die „*involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person*“ informieren.¹²⁶

Ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen ist eher zu verneinen, wenn unter den wählbaren Zahlungsmethoden im Webshop auch Vorkasse angeboten wird. Gleiches gilt in den Fällen, in denen die wählbaren Zahlungsmethoden erst nach Durchführung einer Bonitätsprüfung überhaupt angezeigt werden.¹²⁷ Da in beiden Fällen kein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Durchführung der Bonitätsprüfung vorliegen wird, ist in diesen Fällen wohl die Einholung der Einwilligung des Endkunden (betroffene Person) notwendig. Eine einfache Information genügt hier nicht.

Der Auftraggeber sollte daher vorab mit dem Auftragnehmer vereinbaren, welche Zahlungsmethoden angeboten werden sollen und dass eine Bonitätsprüfung nur dann durchgeführt wird, wenn sich der Endkunde zuvor aktiv für eine Zahlungsmethode entscheidet, bei welcher der Auftraggeber in Vorleistung gehen muss.

Zusätzlich stellt sich die Frage der Zulässigkeit von „*Echtzeit-Bonitätsmessungen*“. Sobald der Kunde seine Daten eingegeben und auf den „Weiter“-Button geklickt hat, werden diese an die Auskunftei übermittelt und ausgewertet. Bei negativem Ergebnis der Bonitätsprüfung kann der Kunde im nächsten Bestellschritt nur noch eine Zahlungsmethode auswählen, bei denen der Verkäufer nicht in Vorleistungspflicht tritt. Bei dieser Art der Abfrage der Bonität eines Kunden, ist stets eine Einwilligung erforderlich.

bb) Export und behördliche Meldungen. Beim Webshop-Outsourcing mit grenzüberschreitendem Warenverkehr ist vor allem auf die Regelung der Verantwortlichkeit bei der Einhaltung landesspezifischer Vorschriften, Export-/Importbeschränkungen und behördlicher Meldungen (zB Intrastat) zu achten. Eine auftraggeberfreundliche Formulierung mit umfassenden Informations- und Hinweispflichten des Auftragnehmers könnte wie folgt aussehen:

Beispielformulierung für den Fall, dass Verkäufer im Webshop (Anbieter) der Auftraggeber ist:

Der Auftragnehmer prüft und überwacht regelmäßig alle relevanten Exportbeschränkungen, Auflagen, Bedingungen und/oder -Hindernisse und wird den Auftraggeber jeweils rechtzeitig hierüber aufklären und die erforderlichen Erklärungen und/oder Dokumente beibringen und ggf. bei den Subunternehmern anfordern.

Der Auftraggeber informiert den Auftragnehmer in Bezug auf gesetzliche nationale und internationale Regelungen, die sich auf das eingesetzte Produktsortiment beziehen.

Sofern gemäß EG-Verordnung Nr. 638/2004 über die Gemeinschaftsstatistiken des Warenverkehrs zwischen Mitgliedstaaten eine Intrastat-Meldung an das Statistische Bundesamt erforderlich ist, obliegt dem Auftragnehmer die Vorbereitung dieser Intrastat-Meldungen für die grenzüberschreitenden Sendungen aus dem Vertrieb über den Webshop, um dem Auftraggeber die den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Abgabe dieser Meldungen zu ermöglichen. Das Gleiche gilt für sonstige Meldungen oder Formalien, die aus oder im Zusammenhang mit den gegenständlichen Leistungen zu erbringen sind. Der Auftragnehmer trägt die ihm hierdurch entstehenden Kosten.

Sollte eine Mitwirkung des Auftraggebers für die Vorbereitung dieser Meldungen erforderlich sein, wird der Auftragnehmer dies rechtzeitig mitteilen, alle Vorbereitungsmaßnahmen treffen, so dass letztendlich nur eine Gegenzeichnung der Meldungen durch den Auftraggeber erforderlich ist. Der Auftragnehmer erstellt die endgültige Fassung dieser Meldungen und übergibt diese rechtzeitig an den Auftraggeber.

Die Umsatzsteueranmeldung des Auftraggebers ist nicht Aufgabe des Auftragnehmers. Zur Gewährleistung des Gleichlaufs von Umsatzsteuervoranmeldungen und Intrastat-Meldungen hat der

¹²⁶ Zur Regulierung von Algorithmen nach DS-GVO: Reibach RDV 2018, 198; Bieker/Bremert/Hansen DuD 2018, 608.

¹²⁷ Forgó/Helfrich/Schneider/Helfrich Betr. Datenschutz, Teil IX. Kap. 3 Bonitätsbewertung Rn. 17.

Auftragnehmer bei der Erstellung der Intrastat-Meldungen größtmögliche Sorgfalt walten zu lassen.

- 69 *cc) Pfandrechte, Sicherungsrechte.* Soweit der Auftragnehmer im Rahmen des Fulfilment auch die **Lagerhaltung** der im Webshop angebotenen Waren übernimmt, ist der Auftragnehmer regelmäßig daran interessiert, zur Sicherung seines Vergütungsanspruchs (und eventuell weiterer vertraglicher Forderungen) ein **Pfandrecht an den eingebrachten Waren**, etwaigen Versicherungsleistungen sowie den Begleitpapieren zu erlangen. Falls vereinbart, besteht ein solches Pfandrecht, solange der Auftragnehmer die Ware in seinem Besitz hat. Nach § 1234 BGB darf der Auftragnehmer als Pfandgläubiger die Ware zur Befriedigung seiner Forderungen erst nach fruchtlosem Ablauf einer **Wartefrist** von einem Monat ab Verkaufsandrohung freihändig verkaufen. § 1234 BGB ist jedoch dispositiv, so dass der Auftragnehmer regelmäßig versuchen wird, diese Frist zu verkürzen.
- 70 Probleme stellen sich dann, wenn die dem Pfandrecht unterliegende Ware mit einem vorrangigen (verlängerten) Eigentumsvorbehalt oder einem sonstigen vorrangigen Sicherungsrecht eines Lieferanten des Auftraggebers oder eines sonstigen Dritten (zB Sicherungsglobalzession bei Bankenfinanzierung) belastet ist. Aus Auftragnehmersicht ist es ratsam, sicherungshalber eine Abtretung der dem Auftraggeber zustehenden Anwartschaftsrechte in Höhe der jeweils offenen Forderung zu vereinbaren. Die Abtretung erlischt mit Übergabe der Ware an einen Frachtführer oder sonstige Dritte. Bei Bestehen von Sicherungsrechten von Lieferanten des Auftraggebers können Sicherungsrechte des Auftragnehmers nur nachrangig entstehen, so dass aus Auftraggebersicht keine Zusicherungen hinsichtlich der Werthaltigkeit der Sicherungsrechte des Auftragnehmers abgegeben werden können. Da nach § 1208 BGB ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs möglich ist, empfiehlt es sich für den Auftraggeber klarzustellen, ob und inwieweit Sicherungsrechte von Lieferanten oder Dritten bestehen. Aus Auftragnehmersicht sind zur Bemessung der Werthaltigkeit der Pfandrechte und eventueller Zurückbehaltungsrechte entsprechende Auskunftspflichten des Auftraggebers vorzusehen.
- 71 *dd) Kennzeichnung des Lagerbestandes, Kontrollrechte.* Zur Gewährleistung von
- Herausgaberechten des Auftraggebers hinsichtlich seiner aus dem Lager noch nicht ausgelieferten Waren,
 - Aus-/und Absonderungsrechten des Auftraggebers im Fall der **Insolvenz** des Auftragnehmers,
 - Kontrollrechten des Auftraggebers im Rahmen von **Inventur** und **Audits**,
- ist eine vertragliche Regelung zur Art und Weise der Lagerung der Waren des Auftraggebers im Lager des Auftragnehmers sinnvoll. Es sollte vorgesehen werden, die Ware nur einheitlich an einem Standort zu lagern. Des Weiteren sollte zur Absicherung dieser Fälle geregelt werden, dass im Warenwirtschaftssystem des Auftragnehmers die Daten zu den Waren systemseitig separat gelagert und datentechnisch nicht mit Waren anderer Unternehmen vermischt werden. Die Lagerplätze und Waren sollten so gekennzeichnet werden, dass sie jederzeit von einem Dritten (zB Gerichtsvollzieher, Insolvenzverwalter) anhand der Lagerliste und der Warenkennzeichnungen als auftraggebereigen identifiziert werden können.
- 72 Für die Kontrolle der Einhaltung der Kennzeichnungspflichten sollte sich der Auftraggeber vertraglich (auch kurzfristige) **Besichtigungsrechte des Lagers** vorbehalten.
- 73 Zur Sicherstellung einer den kaufmännischen Grundsätzen entsprechenden jährlichen **Inventur** des Lagerbestandes und zur Regelung der Kostentragung wäre folgende Formulierung (teilweise auftraggeber-, teilweise auftragnehmerfreundlich) denkbar:

Beispielformulierung:

- 74 Der Auftragnehmer führt jährlich, spätestens bis zum eine vollständige Inventur des Lagerbestandes durch. Die Kosten hierfür trägt der Auftragnehmer. Bei Vertragsende führt der Auftragnehmer zudem eine Abschlussinventur durch, jedoch nur dann auf eigene Kosten, falls das Vertragsverhältnis aufgrund schuldhaften Verhaltens des Auftragnehmers oder seiner Subunternehmer

beendet wurde. Die Abschlussinventur findet spätestens innerhalb von vier Wochen nach dem Vertragsende statt.

Die Detailabwicklung der jährlichen Inventur und der Abschlussinventur erfolgt im freien Ermessen des Auftragnehmers [Alternative: nach Vorgabe des Auftraggebers gemäß] unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze.

Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber jeweils unverzüglich die vollständige Dokumentation der Inventuren zur Verfügung. Der Auftraggeber ist berechtigt, an der Erstellung und Durchführung der Inventuren teilzunehmen [Alternative: Der Auftraggeber ist berechtigt, durch von ihm beauftragte, zur Verschwiegenheit verpflichtete Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer an der Inventur teilzunehmen].

Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber rechtzeitig über die geplante Durchführung der Inventuren unterrichten und den Zeitpunkt der Durchführung abstimmen. Die Inventur darf die vereinbarte Verfügbarkeit und Performance des Gesamtsystems, insbesondere des Webshops, des Customer Care Centers und der datenschutzrechtlichen Pflichten, nicht beeinträchtigen. Ausgenommen hiervon ist lediglich eine unwesentliche Beeinträchtigung des Fulfilments während der Dauer der Inventuren. Termin- und Lieferzusagen gegenüber dem Endkunde sind stets wesentlich.

Sollten bei einer jährlichen Inventur oder bei der Abschlussinventur Bestandsdifferenzen der beim Auftragnehmer lagernden Waren des Auftraggebers auftreten, ist der Auftragnehmer bei gleichzeitigen Fehl- und Mehrbeständen berechtigt, eine wertmäßige Saldierung des Lagerbestandes vorzunehmen. Diese Saldierung erfolgt durch wertmäßige Aufrechnung von Fehl- und Mehrbeständen. Verbleibt ein Fehlbetrag, so wird davon ein eventuell positiver Saldo des Vorjahres sowie eine Schwundmenge von 5 % des durchschnittlichen Lagerbestandes der letzten 12 Monate vor Inventurstichtag abgezogen. Verbleibt nach diesem Abzug ein Fehlbetrag, ist der Auftraggeber bis spätestens vier Wochen nach Übergabe der endgültigen Inventurunterlagen berechtigt, dem Auftragnehmer den Fehlbetrag in Rechnung zu stellen. Die Bewertung der Fehl- und Mehrbestände erfolgt zu Einkaufspreisen.

ee) Logistik, ADSp. Bei den **Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)**¹²⁸ 75 handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die vom Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK) und den führenden Industrie-/Handels und Speditionsverbänden zur unverbindlichen Anwendung empfohlen werden. Ihre Anwendbarkeit setzt mithin die wirksame Einbeziehung voraus. Die Marktakzeptanz der ADSp ist sehr hoch.

Die ADSp 2017 gelten nach Ziff. 2.1 für **alle** Verkehrsverträge mithin alle speditionsüblichen Tätigkeiten des Spediteurs als Auftragnehmer, insbesondere Speditions-, Fracht- und Lagerverträge.¹²⁹ 76

Dagegen unterliegen Tätigkeiten, die den Handel oder die Produktion von Gütern betreffen, nicht mehr der Geltung der ADSp. 77

Bei der Gestaltung des Webshop-Outsourcing Vertrages ist bei Einbeziehung der ADSp je nach Interessenlage den Regelungen im Bereich Haftung besondere Aufmerksamkeit beizumessen. Aus Auftraggebersicht wird es insbesondere darauf ankommen, die teilweise recht weitreichenden und Begrenzungen (Ziff. 23 ff. ADSP 2017) der ADSp im Einzelfall zu modifizieren. Im Übrigen nehmen die ADSp auf die gesetzlichen Haftungsausschlüsse bei Frachtführerverträgen gem. §§ 425 ff. und gem. §§ 461 ff. HGB bei Speditionsverträgen Bezug. 78

ff) Versicherungen. Aus Auftraggebersicht wird darauf zu achten sein, dass der Auftragnehmer bei umfangreichen Fulfilment-Leistungen, insbesondere Lagerhaltung, ausreichenden Versicherungsschutz nachweisen kann. Abzusichern sind insbesondere die betrieblichen Risiken (Haftpflicht-, Feuer und Gebäudeversicherung) im geschäftsüblichen Umfang. Eine Absicherung der Waren gegen Schäden oder sonstige Beeinträchtigungen aus und im Zusammenhang mit der Lagerung, wie auch aus und im Zusammenhang mit Transportleistungen kann zusätzlich vereinbart werden. In diesem Fall ist zudem festzulegen, wer die Versicherungskosten (Prämien) trägt und ob diese geteilt werden. Für den Versicherungsschutz ist 79

¹²⁸ Zuletzt in der Fassung vom 1.1.2017.

¹²⁹ Zur Rechtsnatur von Speditions-/Fracht- und Lagervertrag → Rn. 37.

darauf zu achten, dass dieser mit Wirkung ab Vertragsbeginn (ggf. auch schon während der Einrichtung des Webshops, Lagers etc) eintritt.

- 80 g) **Betrieb des Customer Care Centers (Call-Center).** Im Rahmen des Betriebs des Customer Care Centers sind alle Aufgaben zu regeln, die für die Aufrechterhaltung der Kundenbeziehung erforderlich sind, etwa:
- Retourenmanagement;
 - Verbraucher-Widerrufs-Management (insbesondere gemäß Verbraucher- und Fernabsatzrecht);
 - Stornierungen und Gutschriften;
 - Ersatzteilversorgung;
 - Koordinierung von Reparaturen;
 - Rücknahme und Entsorgung, insbesondere nach dem ElektroG;
 - Kundenbetreuung allgemein.
- 81 Zu diesem Zweck kann beispielsweise geregelt werden, dass der Auftragnehmer eine mit (qualifizierten) Mitarbeitern besetzte, per Telefon und elektronisch erreichbare Serviceeinheit („Call-Center“) betreibt, die die Betreuung der Kunden des Webshops übernimmt. Auch Regelungen zu erforderlichen (besonderen) Sprachkenntnissen sind sinnvoll. Geregelt werden sollte, dass die Mitarbeiter des Call-Centers über aktuelle Informationen zu den vertriebenen Produkten verfügen und ausreichend geschult sind, um Anfragen der Endkunden qualifiziert bearbeiten zu können. Soweit hierzu Informationsmaterial des Auftraggebers erforderlich ist, sind Umfang und Art der Zurverfügungstellung zu regeln. Besonders wichtig ist im B2C-Geschäft die Verpflichtung der Mitarbeiter des Call-Centers auf die Einhaltung einschlägiger gesetzlicher Vorschriften, insbesondere solche zur rechtmäßigen telefonischen Kontaktaufnahme mit Verbrauchern (wie etwa im UWG und der DS-GVO geregelt) bei Rückfragen etc.
- 82 Je nach Ausgestaltung sehen Webshop-Outsourcing Modelle unterschiedliche Servicezeiten im Call-Center vor, wobei 24/7 die Ausnahme, eine gestaffelte Erreichbarkeit und angemessene Besetzung des Call-Centers orientiert an den üblichen Ladenöffnungszeiten die Regel ist. Die Ausgestaltung hängt stark vom vertriebenen Produkt, dem angesprochenen Kundenkreis sowie dem Vertriebsgebiet (In-/Ausland) ab. Sonn- und Feiertagsregelungen, ebenso wie ggf. Regelungen zu Zeitverschiebungen beim internationalen Geschäft, national unterschiedlichen Feiertagen und Fragen des Exports, können ebenfalls erforderlich sein.
- 83 h) **Vergütung.** Neben der flexiblen Wahl der Leistungen gewinnen Webshop-Outsourcing Modelle häufig durch bedarfsorientierte Preismodelle besondere Attraktivität. Einige Anbieter bieten nach Größe des Webshops gestaffelte Lösungen an, die nach Anzahl der eingestellten Produkte, Anzahl der angebotenen Produktkategorien und Anzahl der beanspruchten Domains differenzieren. Andere Modelle skalieren nach dem Maß der Inanspruchnahme innerhalb der beanspruchten Leistungsmodule. Auch umsatzorientierte Modelle sind denkbar. Dies ermöglicht dem Auftraggeber einen flexiblen und dynamisch am jeweiligen Bestellaufkommen orientierten Leistungsabruf bei gleichzeitiger Entkoppelung von Fixkosten.
- 84 In der Regel erhält der Auftragnehmer für den Aufwand des Set-ups (Installation und Ersteinrichtung) des Gesamtsystems eine Pauschalvergütung (ggf. Erstellung des Pflichtenhefts, Setup- und Projektierungskosten, Initialschulung des Auftraggebers).
- 85 Die laufenden Leistungen des Auftraggebers werden regelmäßig monatlich nach bestimmten Abrechnungsparametern abgerechnet, zB
- Aufwandsabhängige Parameter (Stundenaufwand, Tagessätze),
 - Umfangabhängige Parameter (pro Bestellung; pro Reklamation etc),
 - Umsatzabhängige Parameter (regelmäßig gestaffelt, zB pro ... EUR Umsatz im Webshop),
 - Nutzungsabhängige Parameter (va bei Cloud-basierten Modellen in Abhängigkeit von Zugriffszahlen, Rechenkapazität etc.).
- 86 Bei Standard-Lösungen wird die Höhe der Kosten zudem durch die meist individuell wählbaren Mindestvertragslaufzeiten und Abrechnungszeiträume bestimmt.

Beispiele:

Kundenkorrespondenz & Debitorenmanagement (gemäß Ziffer ... des Vertrages)		
Kundenbetreuung (Telefon & Mail) & Orderhandling (inkl. Mahnung)	2,50 EUR	Pro Bestellung
Kaufmännische Verbuchung der Kundenaufträge	0,70 EUR	Pro Lieferung
Kaufmännisches Retourenhandling pro Retoure	1,80 EUR	Pro Retoure
Dienstleistungen von Subunternehmern (gemäß Ziffer ... des Vertrages)		
Paketdienst, bis 3 kg innerhalb Deutschlands	4,99 EUR	Pro Lieferung
Retourenpaketdienst	5,99 EUR	Pro Retoure

Plattformbereitstellung (gemäß Ziffer ... des Vertrages) Genannter Ist-Umsatz jeweils ohne MwSt. und nach Abzug der Retouren		
Bereitstellung Shop-Plattform (Shop, Call-Center, Logistik) inkl. Lizenzgebühr der Standardsoftware mit Updates. (Netto Umsatz) Erfahrungsaustausch mit Ableitung von Empfehlungen zur Optimierung des Shopergebnisses.	9,8 %	Vom Umsatz bis 650.000 EUR p. a.
	7,8 %	Für Umsatzanteil über 650.000 EUR p. a.
	5,8 %	Für Umsatzanteil über 1.000.000 EUR p. a.
Application-Hosting Redundante Systeme (Netzwerk & Storage-Network). 24h Zugangssicherung, Quality of Service (Überwachung, Pflege, Optimierung der Umgebung inkl. Firewall Absicherung, Monitoring, Lastverteilung) System & Software Upgrades Inklusive Payment- & EDI-Server. Bulk-E-Mail (Application, Volumen, Complain Handling)	3 %	Vom Umsatz bis 650.000 EUR p. a.
	2 %	Für Umsatzanteil über 650.000 EUR p. a.

Darüber hinaus können zur Kompensation der Kosten des Auftragnehmers **Mindestvergütungen** vereinbart werden, wenn der Aufwand nach den definierten Parametern bestimmte Schwellen nicht überschreitet. Damit wird auftragnehmerseitig das Risiko gedeckelt, das durch den Betrieb eines Webshops entsteht, der sein Endkundenziel verfehlt. Umgekehrt wird die Umsetzung eines gelungenen Konzepts durch eine Koppelung der Vergütung an den im Webshop getätigten Umsatz belohnt, was interessengerecht ist, wenn die Verantwortung für die Gesamtkonzeptionierung Teil der Leistungspflichten des Auftragnehmers ist. 87

In der Praxis wird häufig durch die Messung und Analyse des Klickverhaltens der Internetsnutzer (**Click-rates**) der Grad der Verlinkung sowie der Grad der Suchmaschinenoptimierung beurteilt und vergütet.¹³⁰ 88

Beispiel:

Agenturleistungen (gemäß Ziffer ... des Vertrages)		
Erstellung einer neuen Produktbeschreibung	10 EUR	Pro Produkt
Erstellung einer neuen Produktfotografie	25 EUR	Pro Produkt
Grafische Aktualisierung des Onlineshops & Pflege der Website. Newsletter/E-Mail-Marketing Inkl. Werbemittelerstellung.	980 EUR	Pro Monat
Affiliate Marketing	980 EUR	Pro Monat

¹³⁰ Bei der Analyse des Click-Verhaltens sind jedoch datenschutzrechtliche Anforderungen zu berücksichtigen. Erforderlich ist etwa eine Berücksichtigung in der Datenschutzerklärung/erklärung gem. Art. 13, 14 DS-GVO, ein Hinweis der Nutzer auf ihr Widerspruchsrecht etc. Zu Einzelheiten → § 36 Datenschutz im Internet.

Agenturleistungen (gemäß Ziffer ... des Vertrages)		
zzgl. 2,- EUR pro Affiliate Marketing Sale		
Search-Engine-Marketing Zzgl. 19,5 % des beauftragten Volumens Ab 20.000,- EUR Adword-Budget 17 %	1.300 EUR	Pro Monat

- 89 Die monatliche Vergütungshöhe ermittelt durch die festgelegten Parameter wird dem Auftraggeber meist anhand von Aufstellungen nachgewiesen. Zur Kontrolle der Abrechnungen empfiehlt sich aus Auftraggebersicht die Vereinbarung einer **Audit-Klausel**.¹³¹ Das Auditrecht kann zB die Einsicht in alle relevanten Unterlagen und Bücher des Auftragnehmers und das Recht zur Kopie der relevanten Informationen und Unterlagen etc erfassen, soweit dies zum Zwecke der Überprüfung der Abrechnungen, der Erarbeitung, Fertigstellung und Überprüfung der Jahresabschlüsse des Auftraggebers bzw. dessen Lieferanten, oder aus sonstigem berechtigtem Interesse erforderlich ist.
- 90 i) **Herrschaft über die Daten, Auftragsverarbeitung und gemeinsame Verantwortlichkeit.** Anders als bei Vertriebsverträgen kommt es dem Auftraggeber beim Webshop-Outsourcing häufig darauf an, dass der Auftragnehmer gegenüber den Endkunden namentlich nicht in Erscheinung tritt – also weder als Telemedienanbieter im Rahmen des Impressum noch als Verkäufer der Ware im Rahmen der Verkaufs-AGB. In diesen Fällen kann das Outsourcing datenschutzrechtlich erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das gilt insbesondere, wenn der Auftraggeber eine umfassende Auslagerung aller mit dem Webshop verbundenen Leistungen (einschließlich Fulfillment und Customer Care) beabsichtigt. Denn der Auftragnehmer wird in diesem Fall nicht Vertragspartner der Kunden, hat also keine datenschutzrechtliche Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO, die Endkundendaten zu erheben, zu verarbeiten und im Auftrag des Auftraggebers zu nutzen.
- 91 Webshop-Outsourcing ist Auftragsverarbeitung im Sinne von Art. 28 DS-GVO bei technischen Leistungen wie Hosting oder weitestgehend automatisierten Leistungen wie Prüftätigkeiten mittels Software-Lösungen. Aber auch bei sog. Business Process Outsourcing,¹³² zumindest soweit Standardlösungen angeboten werden, wird Auftragsverarbeitung der Regelfall.¹³³ Die Einordnung hängt von davon ab, inwieweit der Outsourcing-Anbieter über „**Zweck und Mittel**“ der Verarbeitung (mit)bestimmt (vgl. Art. 4 Nr. 7, Art. 28 Abs. 10 DS-GVO). Nicht abschließend geklärt ist, ob der Outsourcing-Anbieter nur dann selbst Verantwortlicher (oder ggf. gemeinsam Verantwortlicher nach Art. 26 DS-GVO) ist, wenn er beides – also Zwecke und auch Mittel – mitbestimmt. Danach wäre für die Auftragsverarbeitung unschädlich, wenn der Outsourcing-Anbieter nur über die technischen Mittel der Verarbeitung (also etwa die eingesetzte IT) weitgehend selbst entscheiden kann.¹³⁴ Ob dies so weit geht, im Rahmen eines BPO auch die Prozessbeschreibungen (einschließlich etwa konkreter Handlungsleitfäden/Kriterienkataloge zB für Callcenter-Agenten bei Callcenter-Outsourcing) als „Mittel“ der Verarbeitung anzusehen, ist fraglich.¹³⁵ Der datenschutzrechtlich sichere Weg ist, wenn dem Auftragnehmer möglichst wenig Entscheidungsspielräume bei der Auftragsdurchführung verbleiben und die Details des Datenumgangs im Outsourcing-Vertrag festgelegt sind. Eine detaillierte Festlegung der Leistung des Auftragnehmers (einschließlich der technischen und organisatorischen Maßnahmen) und Prozessbe-

¹³¹ Zur Abgrenzung solcher weiten, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Audit-Klauseln von den datenschutzrechtlich vorgeschriebenen Kontrollrechten des Auftraggebers → § 14 Softwarepflege und Support Rn. 135 ff.

¹³² Zur Abgrenzung von Funktionsübertragung und Auftragsverarbeitung → § 34 Recht des Datenschutzes, zu Datenschutz bei IT-Outsourcing im Allgemeinen → § 19 Outsourcing-Verträge.

¹³³ Kühling/Buchner/Hartung, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 28 Rn. 44.

¹³⁴ Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17; Ehmann/Selmayr/Bertermann, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 28 Rn. 3.

¹³⁵ Dafür spricht evtl., dass die Definition von „Verarbeitung“ nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO weniger granular ist, als nach BDSG aF, und auch „Vorgangserfolgen“ unter den einheitlichen Begriff der Verarbeitung fallen.

schreibungen stehen einem werkvertraglichen Charakter des Vertrag übrigen nicht entgegen und können günstig für den Auftragnehmer im Hinblick auf die Mängelhaftung sein.

Je nach Vertragsgestaltung könnte man eventuell die einzelnen Leistungsbestandteile des Webshop-Outsourcing danach zuordnen,¹³⁶ ob der Auftragnehmer

- rein weisungsabhängige Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO erbringt (ohne eigenständige Entscheidungsspielräume) oder
- als Telemedien-Diensteanbieter im Sinne des Telemediengesetzes weitgehend selbständig Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt (dann eigene Verantwortlichkeit neben dem Auftraggeber gem. Art. 28 Abs. 10 DS-GVO).

Im Ergebnis muss eine Gesamtbetrachtung aller Leistungsbestandteile vorgenommen werden, so dass bei umfassendem Webshop-Outsourcing eine Verantwortlichkeit von Auftragnehmer und -geber nach Art. 28 Abs. 10 DS-GVO durchaus denkbar ist. Schon von daher empfiehlt es sich, den Outsourcing-Vertrag an den Anforderungen des Art. 28 DS-GVO zu orientieren, insbesondere was die sorgfältige Auswahl des Auftragnehmers, die Sicherheitsmaßnahmen, die Kontrollrechte und die Lösch- und Rückgabepflichten betrifft.

Ist der Outsourcing-Anbieter selbst Verantwortlicher, was jedenfalls dann vorliegt, wenn er laut Impressum und/oder Website-Nutzungsbedingungen auch unmittelbar gegenüber den betroffenen Personen (Internetnutzern) Anbieter ist, kann Art. 26 DS-GVO relevant werden, wonach gemeinsam Verantwortliche – neben der erforderlichen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung – einen Vertrag nach Art. 26 DS-GVO vereinbaren müssen, in dem insbesondere zu regeln ist, wer welche Verpflichtungen der DS-GVO wahrnimmt und wer Anlaufstelle für Betroffene sein soll. Das Wesentliche dieser Vereinbarung ist den betroffenen Personen zur Verfügung zu stellen (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DS-GVO).

Die DS-GVO hat die Einwilligung als Erlaubnis der Verarbeitung tendenziell gestärkt. Gerade im Internet wird jedoch von Einwilligungen zu viel und unnötig Gebrauch gemacht. Ist für die betroffene Person transparent, dass sie mit zwei verschiedenen Vertragspartnern kontrahiert (einem Plattform-Anbieter, der die Website bzw das Telemedium anbietet, und dem Anbieter der Produkte/Leistungen, die im Webshop bestellt werden) erfordert eine für die jeweiligen Verträge erforderliche Datenverarbeitung keine Einwilligung. Die Erlaubnis ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO. Aufgrund der hohen Anforderungen an die Transparenz und wegen der Widerruflichkeit sollten Einwilligungen tendenziell ultima ratio sein.¹³⁷ Eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligungen von betroffenen Personen zu einer umfassenden Form des Outsourcing wird schwerlich erreicht werden können. Einerseits müsste diese Einwilligung – jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber laut Impressum Telemedienanbieter der Website sein will, tatsächlich aber die Datenerhebung durch den Outsourcing-Anbieter als Verantwortlicher erfolgt – bereits zu Beginn des Nutzungsvorgangs eingeholt werden. Bei Änderungen im Webshop müssten evtl. neue Einwilligungen eingeholt werden.¹³⁸ Neben dem sog. Koppelungsverbot¹³⁹ (Art. 7 Abs. 4 DS-GVO) sind insbesondere die Informationspflichten nach Art. 13 (etwa hins. Daten von Auskunfteien ggf. auch Art. 14 DS-GVO) zu beachten. Das Erfordernis granularer oder gestufter Einwilligungen,¹⁴⁰ wonach die betroffene Person die Möglichkeit haben soll, nur einzelnen Teilen einer für eine Reihe von Verarbeitungstätigkeiten eingeholten Einwilligungserklärung zuzustimmen, hat zwar in Erwägungsgrund 33 DS-GVO ihren Niederschlag, jedoch nicht in Art. 7 DS-GV. Bei Webshop-Outsourcing dürften granulare Einwilligungen kaum technisch umsetzbar sein.

¹³⁶ In Anlehnung an Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz, Teil VII. Kap. 2 Rn. 43.

¹³⁷ Zudem liegt bei Verweigerung der Einwilligung ein Indiz für einen entgegenstehenden Willen der betroffenen Person vor, was im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO zu Lasten des Verantwortlichen beachtlich sein kann.

¹³⁸ Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung im Internet → § 36 Datenschutz im Internet und → § 34 Recht des Datenschutzes.

¹³⁹ Nach Engeler (ZD 2018, 55 (59)) folgt aus Art. 7 Abs. 4 DS-GVO kein Kopplungsverbot, sondern nur eine Rechnungstragungs- bzw gesteigerte Prüfpflicht.

¹⁴⁰ S. Art. 29-Datenschutzgruppe WP 203 v. 2.10.2013 zur Einwilligung in Cookies: „Granularity in the options available to the user is highly recommended.“

- 96 Setzt der Outsourcing-Anbieter Subunternehmer ein, die entweder personenbezogene Endkundendaten erhalten oder technische Dienstleistungen für den Outsourcing-Anbieter erbringen (zB Hosting), so ist auch in diesem Verhältnis zu prüfen, ob eine (Unter)-Auftragsverarbeitung vorliegt oder eine eigene Verantwortlichkeit des Subunternehmers. Insofern ist der Auftraggeber gut beraten zu verlangen, dass der Auftragnehmer – bevor eine Zugriffsmöglichkeit der Subunternehmer auf die Auftraggeberdaten besteht – nachweist, dass die Subunternehmer ihrerseits gegenüber dem Auftragnehmer als Auftragsdatenverarbeiter gem. Art. 28 DS-GVO verpflichtet sind.¹⁴¹
- 97 j) **Abwicklung des Webshop-Outsourcing-Vertrags.** Nach Ende der Laufzeit oder bei Kündigung sind neben der (evtl. wechselseitigen) Rückgewähr etwaiger nur zeitweise an den Auftraggeber überlassener Software oder auftraggeberseits eingebrachter Software insbesondere Regelungen zum **Auslaufen der Leistungen** und zur **Abwicklung** (sog. Exit-Regelungen), ggf. auch zur Überbrückung bis zum Start eines Alternativsystems zu treffen.
- 98 Zur Regelung der Nutzungsrechte bei vom Auftraggeber käuflich erworbener aber vom Auftragnehmer zum Betrieb des Webshop-Systems genutzter Software wäre etwa folgende Klausel (auftraggeberfreundlich) denkbar:

Beispielformulierung

- 99 Mit dem Ende des Vertrages stellt der Auftragnehmer die Nutzung der vom Auftraggeber beigestellten Software bzw. Materialien ein. Soweit diese sich nicht zur Rückgabe eignen, werden sie auf Anforderung des Auftraggebers durch den Auftragnehmer gelöscht.
Soweit im Rahmen dieses Vertrages Software entstanden ist, stehen dem Auftraggeber hieran (und auch am Quellcode und den Dokumentationen) die ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte weltweit zu. Diese erstrecken sich auf sämtliche Entwicklungsstände, Versionen, Materialien, auch die zukünftigen Versionen und werden sämtlich an den Auftraggeber zurückgegeben bzw. zur Verfügung gestellt.
- 100 Bei der Übernahme der Lagerhaltung und der gesamten Bestellabwicklung durch den Auftragnehmer ist zudem die **Bearbeitung offener und neuer Bestellungen** zu regeln und eine Vereinbarung zur **Abwicklung des Lagerbestandes** zu treffen.
- 101 Weil einerseits auch während der Dauer der Kündigungsfrist noch Bestellungen eingehen und abgewickelt werden müssen, andererseits aber auch nach Beendigung des Vertrages noch abzuwickelnde Vorgänge aus der Zeit vor Vertragsbeendigung eingehen können, ist eine Unterscheidung dieser Phasen auch in der Abwicklungsregelung sinnvoll.
- **In einer ersten Abwicklungsphase** wird der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen für eine angemessene Zeit (zB drei Monate ab Rechtswirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung) weiter erfüllen.
 - Danach wird der Auftragnehmer für eine bestimmte Zeit noch erforderliche Maßnahmen zur Abwicklung des Fulfilment, etwa in Anbetracht von Rückabwicklungen aufgrund Gewährleistungsansprüchen, Retouren etc erbringen. Dabei ist die Dauer dieser **zweiten Abwicklungsphase** festzulegen, die sich etwa an den gesetzlichen Gewährleistungsfristen orientieren kann.
- In der Regel wird für diese Leistungen nach Ablauf der Kündigungsfrist eine gesonderte Regelung zur Vergütung zu treffen sein, wobei hierbei auch die Gründe für die Beendigung eine Rolle spielen können.
Diese Regelung könnte wie folgt aussehen:

¹⁴¹ Art. 28 Abs. 2 iVm Abs. 3 S. 2 lit. d) DS-GVO verlangt ausdrücklich, dass die Berechtigung zur Begründung etwaiger Unterauftragsverhältnisse (konkret und detailliert) festgelegt wird. Zur Auftragsverarbeitung im Rahmen von Pflege → § 14 Softwarepflege und Support Rn. 127 ff.

Formulierungsvorschlag:

Für die Abwicklung des Vertrages bei Beendigung wird folgendes vereinbart:

- a) Nach Beendigung des Vertrages sind die beim Auftragnehmer lagernden Warenbestände an den Auftraggeber oder einem von diesem benannten Zulieferer zur Verfügung zu stellen. Die bei der Räumung des Lagers und für den Abtransport der Warenbestände anfallenden Kosten trägt [Auftragnehmer/Auftraggeber].
- b) Während der Kündigungsfrist sind die Vertragsleistungen durch den Auftragnehmer weiterhin ordnungsgemäß und vollständig zu erbringen.
- c) Der Auftragnehmer ist des Weiteren verpflichtet, für Leistungsverpflichtungen aus und im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vertragsverhältnis gegenüber Dritten, entsprechende Warenbestände und/oder Lagerfläche vorzuhalten und insbesondere auch Gewährleistungsabwicklungsmaßnahmen noch ordnungsgemäß und sachgerecht nach Maßgabe des vorliegenden Vertragsverhältnisses abzuwickeln. Dies gilt für einen Zeitraum bis zwei Jahre nach Ablauf der Zusammenarbeit aufgrund entsprechender Kündigung. Zur Vergütung dieser Leistungen haben die Parteien folgendes vereinbart
- d) Bestellungen, die nach Ablauf der Kündigungsfrist eingehen, werden von [Auftraggeber selbst oder Drittanbieter] abgewickelt.

102