

## EuGH konkretisiert Deliktzuständigkeit bei Markenrechtsverletzungen mittels AdWords

BENDICHT LÜTHI <sup>\*</sup>

*Bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten ist die Bestimmung der Zuständigkeit – insbesondere der internationalen – mit etlichen Unsicherheiten behaftet. Tradierte diesbezügliche Auffassungen werden zunehmend in Frage gestellt und die Zuständigkeitsinteressen aller Betroffenen werden neu austariert. In diese Entwicklung reiht sich das Urteil «Wintersteiger» des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), in dem es um die Auslegung der Deliktzuständigkeit bei einer behaupteten Markenrechtsverletzung geht, welche aus der Benutzung eines mit einer Marke identischen AdWords beim Suchmaschinenbetreiber Google resultieren soll. Im Beitrag wird dieses Urteil zusammengefasst und besprochen.*

*Lors de litiges en matière de propriété intellectuelle, l'attribution de la compétence judiciaire – et tout particulièrement de la compétence au niveau international – comporte régulièrement de nombreuses incertitudes. Les avis prononcés en la matière sont davantage remis en question et les intérêts de chacun sont pris en compte. C'est dans ce contexte que se situe l'arrêt «Wintersteiger» de la Cour de justice de l'Union européenne, qui traite de l'interprétation de la compétence en matière délictuelle dans le cadre de la violation du droit à une marque, résultant de l'utilisation d'un mot clé («AdWord») identique à la marque dans le moteur de recherche Google. La présente contribution a pour objectif de résumer et de discuter cet arrêt.*

### I. Das Urteil des EuGH

1. Der zu beurteilende Sachverhalt
2. Die zentralen Erwägungen des EuGH

### II. Bemerkungen

1. Das Urteil ist auch für die Auslegung des LugÜ richtungsweisend
2. Zum Erfolgsort im Einzelnen
3. Zum Handlungsort im Einzelnen

### Zusammenfassung / Résumé

## I. Das Urteil des EuGH

### 1. Der zu beurteilende Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen, welches dem Urteil «Wintersteiger» des EuGH<sup>1</sup> zugrunde liegt, beschlägt folgenden Sachverhalt: Die österreichische Wintersteiger AG (Wintersteiger) stellt Ski- und Snowboard-Service-Maschinen sowie Ersatzteile und Zubehör dazu her und vertreibt diese weltweit. Die deutsche Products 4U Sondermaschinenbau GmbH (Products 4U) entwickelt und vertreibt ebenfalls weltweit Ski- und Snowboard-Service-Maschinen. Ferner verkauft sie Zubehör für derartige Maschinen anderer Hersteller, namentlich auch für jene von Wintersteiger, wobei dieses Zubehör weder von Wintersteiger hergestellt noch autorisiert ist. Bei «google.de» (nicht aber bei anderen Top-Level-Domains [TLD] von google wie etwa «.at» oder «.com») buchte Products 4U das AdWord «Wintersteiger», sodass bei Eingabe dieses Wortes als Suchbegriff eine Werbeanzeige von ihr erschien.

Wintersteiger sah dadurch ihre österreichische Marke «Wintersteiger» verletzt, weshalb sie vor österreichischen Gerichten auf Unterlassung klagte. Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit berief sie sich auf die in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO<sup>2</sup> vorgesehene Deliktzuständigkeit. Products 4U bestritt

<sup>\*</sup> Dr. iur., Fürsprecher, Bern, wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Sekretariat der Wettbewerbskommission. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 19. April 2012, Rs. C-523/10, «Wintersteiger AG/Products 4U Sondermaschinenbau GmbH» (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht).

<sup>2</sup> EG-Verordnung Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte, subsidiär das Vorliegen einer Markenrechtsverletzung. Während das Erstgericht bereits die internationale Zuständigkeit verneinte, bejahte das Rekursgericht diese zwar, verneinte aber einen Anspruch in der Sache und wies die Klage deshalb ab. Der Oberste Gerichtshof (OGH) ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung, wie Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in einem solchen Fall auszulegen sei.

## 2. Die zentralen Erwägungen des EuGH

Einleitend ruft der EuGH seine ständige Rechtsprechung in Erinnerung, wonach unter dem Zuständigkeitsbegründenden «Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist», sowohl der «Ort der Verwirklichung des Schadenerfolgs» (hier als Erfolgsort bezeichnet) als auch der «Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens» (kurz Handlungsort) zu verstehen sei<sup>3</sup>. Denn beide dieser Orte könnten – je nach Lage des Falles – für die Beweiserhebung und die Gestaltung des Prozesses einen besonders sachgerechten Anhaltspunkt liefern. Der Kläger könne frei wählen, an welchem dieser Orte er seine Klage erheben wolle<sup>4</sup>.

### a) Bestimmung des Erfolgsorts

Hinsichtlich des Erfolgsorts stellt der EuGH zunächst fest, dass sich seine Rechtsprechung, welche er bezüglich behaupteter Persönlichkeitsverletzungen über das Internet entwickelte – im Staat, in welchem sich der Mittelpunkt der Interessen des potenziell Geschädigten befindet, kann Klage auf Ersatz des gesamten Schadens erhoben werden<sup>5</sup> –, nicht auf vorliegenden Fall übertragen lasse. Dies, weil Persönlichkeitsrechte einer Person in allen Mitgliedsstaaten geschützt seien, während sich der durch ein nationales Markenrecht gewährte Schutz grundsätzlich auf das Gebiet des jeweiligen Schutzstaats beschränke<sup>6</sup>.

Der EuGH führt weiter aus, dass der Mitgliedsstaat, in dem das behauptetermassen verletzte Markenrecht geschützt ist, als Erfolgsort zu betrachten sei. Weitere Voraussetzungen zur dortigen Zuständigkeitsbegründung, insbesondere eine Übereinstimmung der TLD der fraglichen Webseite mit diesem Mitgliedsstaat oder eine auf diesen Staat bezogene «Zielrichtung» der Webseite, bestünden nicht. Dies seien Fragen der materiellen Begründetheit der Klage, die bei der Zuständigkeitsprüfung noch nicht zu beurteilen seien. Im Schutzstaat könne über die Untersagung jeglicher Beeinträchtigung des nationalen Markenrechts sowie den gesamten Schaden entschieden werden, der durch dessen Verletzung entstanden sein soll<sup>7</sup>.

### b) Bestimmung des Handlungsorts

Bezüglich des Handlungsorts hält der EuGH zunächst fest, die materiellrechtliche räumliche Begrenzung des Schutzgebiets einer nationalen Marke führe nicht dazu, dass nur im Schutzstaat eine internationale Deliktzuständigkeit bestehen könne und in anderen Mitgliedsstaaten nicht. Vielmehr sei die EuGVVO autonom und unter Berücksichtigung ihrer Systematik und Zielsetzungen auszulegen. Auch in einem Fall wie dem vorliegenden stelle der Handlungsort eine signifikante Verknüpfung dar, da dort ohne Schwierigkeiten über die Handlung Beweis geführt werden könne<sup>8</sup>.

Als ursächliches Geschehen und damit als massgebliche Handlung erachtet der EuGH nicht das Erscheinen der Werbung selbst, sondern das Auslösen dieser Werbung. Entsprechend lokalisiert er den Handlungsort nicht etwa am Erscheinungsort der Werbung, sondern dort, wo der technische Vorgang – also das Schalten der Werbung – durch den angeblichen Schädiger ausgelöst wird. Diesbezüglich sei unerheblich, wo sich der Standort des Servers des Webseitenbetreibers (hier von «google.de»)

<sup>3</sup> Erstmals EuGH, Urteil vom 30. November 1976, Rs. C-21/76, «Handelskwekerij G. J. Bier BV/Mines de potasse d'Alsace SA.», Slg. 1976, 1735, Rz. 25.

<sup>4</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 19 f.

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2011, Rs. C-509/09, «eDate Advertising GmbH/X», Rz. 48 ff. (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht). Gemäss Rz. 51 dieses Urteils sind zudem sämtliche Mitgliedsstaaten, in welchen der im Internet veröffentlichte Inhalt zugänglich ist bzw. war, als weitere Erfolgsorte zu betrachten, doch sind diese – übereinstimmend mit der in EuGH, Urteil vom 7. März 1995, Rs. C-68/93, «Fiona Shevill u.a. / Presse Alliance SA», Slg. 1995, I-415, Rz. 30 ff., begründeten Mosaiktheorie – einzig für die Entscheidung über den im jeweiligen Mitgliedsstaat eingetretenen Schaden zuständig.

<sup>6</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 22 ff.

<sup>7</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 26 ff.

<sup>8</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 30 ff.

befinde, auch wenn an sich dort der letzte Schritt des Auslösens des technischen Vorgangs erfolge. Denn dieser häufig unklare Serverstandort stehe in Konflikt zur Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit und sei daher als Anknüpfungspunkt ungeeignet. Massgebend sei vielmehr der Ort, an welchem der angebliche Schädiger über die Auslösung des technischen Vorgangs entschieden habe. Dies ist gemäss EuGH am Ort der Niederlassung des Werbenden der Fall, weshalb dieser als zuständigkeitsbe gründender Handlungsort anzusehen sei<sup>9</sup>.

## II. Bemerkungen

### 1. Das Urteil ist auch für die Auslegung des LugÜ richtungsweisend

Für die Schweiz gilt europäisches Recht – und damit auch der hier vom EuGH ausgelegte Art. 5 Nr. 3 EuGVVO – bekanntlich nicht. Die Schweiz ist aber Vertragsstaat des erst kürzlich revidierten Parallelübereinkommens zur EuGVVO, dem LugÜ<sup>10</sup>, welches eine wörtlich gleichlautende Zuständigkeit kennt (Art. 5 Nr. 3 LugÜ). Das LugÜ schreibt nun vor, dass die Rechtsprechung des EuGH und der anderen Vertragsstaaten zur EuGVVO und zum LugÜ sowie zu deren jeweiligen Vorgängererlassen<sup>11</sup> (soweit keine wesentlichen Änderungen erfolgt sind<sup>12</sup>) bei seiner Auslegung gebührend zu berücksichtigen ist<sup>13</sup>. Das Bundesgericht (BGE) weist regelmässig auf diese Verpflichtung hin<sup>14</sup> und es befolgt sie selbst dann, wenn es, wie die Urteilsbegründung andeutet, die Auslegung des EuGH als wenig überzeugend erachtet<sup>15</sup>. Eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zu den parallelen europäischen Zuständigkeitserlassen auf das LugÜ ist gemäss BGE einzig dann abzulehnen, wenn die Auslegung des EuGH auf Gemeinschaftsregeln gründet resp. sich eindeutig an den Zielen der EU orientiert, die die Schweiz nicht mitträgt<sup>16</sup>.

In vorliegendem Urteil nimmt der EuGH an zwei Stellen Bezug auf einen gemeinschaftsrechtlichen Erlass (die MarkenRL<sup>17</sup>) und seine dazu ergangene Rechtsprechung<sup>18</sup>. Steht dies einer Übertragung auf das LugÜ entgegen? Das hängt vom Kontext ab, in welchem die beiden Bezugnahmen erfolgen; nachfolgend ist dies näher zu betrachten:

– Bezüglich des Erfolgsorts stellt der EuGH fest, die Gerichte des Schutzstaats seien am besten in der Lage, unter Berücksichtigung der von ihm vorgenommenen Auslegung der MarkenRL zu beurteilen, ob eine Verletzung des nationalen Markenrechts vorliege oder nicht<sup>19</sup>. Obwohl die mitgliedstaatlichen Markenrechtsvorschriften gemeinschaftsrechtlich angeglichen sind, erachtet der EuGH also die Gerichte des Schutzstaats als für diese Beurteilung am besten geeignet. Sind Gerichte des Schutzstaats hierfür trotz angeglichener Rechtslage am besten in der Lage, so sind sie es erst recht, wenn – wie in der Schweiz – keine gemeinschaftsrechtliche Rechtsangleichung vorliegt. Das führt zur bemerkenswerten Situation, dass diese Bezugnahme auf einen gemeinschaftsrechtlichen Erlass in der Argumentation des EuGH nicht gegen, sondern vielmehr für eine Übertragung der Rechtsprechung auf das LugÜ spricht.

<sup>9</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 34 ff.

<sup>10</sup> Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

<sup>11</sup> Einerseits die EuGVÜ (Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen), andererseits das aLugÜ (Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen).

<sup>12</sup> Illustrativ hierzu, wenn auch die umgekehrte Richtung betreffend, BGE 138 III 386 ff. E. 2.8 f., in welchem die Frage behandelt wird, ob sich die vom EuGH bezüglich der Versicherungsgerichtsstände der EuGVVO erfolgte Rechtsprechung auf das aLugÜ übertragen lässt.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 1 des «Protokoll 2 [zum LugÜ] über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss».

<sup>14</sup> Exemplarisch etwa BGE 138 III 386 ff. E. 2.6; 135 III 185 ff. E. 3.2; 133 III 282 ff. E. 3.1; 132 III 579 ff. E. 3.3.

<sup>15</sup> Siehe BGE 124 III 188 ff. E. 4.b.

<sup>16</sup> Statt anderer BGE 138 III 395 ff. E. 2.6; 135 III 185 ff. E. 3.2 in fine; 131 III 227 ff. E. 3.1 in fine m.w.H.; vgl. ferner Botschaft des Bundesrates vom 18. Februar 2009 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 2009, 1817. Sich generell für die Vermeidung von Auslegungsdifferenzen aussprechend N. MEIER, Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Beteiligung am Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, SZIER 2012, 649 m.w.H.

<sup>17</sup> EG-Richtlinie Nr. 2008/95 vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken.

<sup>18</sup> Namentlich EuGH, Urteil vom 23. März 2010, Rs. C-236/08 bis 238/08, «Google France und Google», Slg. 2010, I-2417, sowie EuGH, Urteil vom 12. Juli 2011, Rs. C-324/09, «L'Oréal» (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht).

<sup>19</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 28.

– Bezüglich des Handlungsorts hält der EuGH fest, dass es – wie er im Rahmen der Auslegung der MarkenRL festgestellt habe<sup>20</sup> – nur der Werbende und nicht zudem auch der Anbieter von AdWords auf Suchmaschinen (hier Google) sei, der das angeblich verletzende Zeichen benutze. Ausgelöst werde eine etwaige Markenrechtsverletzung somit durch das Verhalten des Werbenden, der AdWords auf Suchmaschinen für sich in Anspruch nehme<sup>21</sup>. Im Ergebnis, namentlich dass das Verhalten des potenziellen Schädigers – hier das Schalten der Werbung durch den Werbenden – zur Bestimmung des Handlungsorts massgebend ist, ist dem EuGH zuzustimmen. Wer in einem Verfahren angeblicher Schädiger und dementsprechend welches die fragliche Verhaltensweise und damit die massgebliche Handlung ist, ergibt sich aber aus der jeweiligen Klageschrift bzw. den Begehren des Klägers<sup>22</sup>. Um diese Elemente in einem konkreten Fall festzustellen, braucht also bloss die Klage angeschaut zu werden. Hierbei auf frühere Fälle Bezug zu nehmen, dürfte, wenn überhaupt, wenig hilfreich sein, da die konkrete Klageschrift entscheidend ist und diese oftmals in wesentlichen Punkten von früheren Fällen abweichen wird. Dem war im Übrigen auch vorliegend so: während hier der Werbende selber als angeblicher Schädiger eingeklagt wurde, richtete sich in den vom EuGH erwähnten Urteilen die Klage gegen den Anbieter von AdWords auf seiner Suchmaschine (namentlich Google) als angeblichem Schädiger. In vorliegendem Kontext entscheidend ist nun, dass diese – aus meiner Sicht mehr Verwirrung stiftende als Klärung herbeiführende<sup>23</sup> – Bezugnahme auf die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage nicht dergestalt ist, als dass deshalb die Auslegung massgeblich auf gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen bauen würde. Vielmehr wäre das Urteil auch ohne sie nicht anders ausgefallen; insbesondere die grundsätzlichen Überlegungen zur Auslegung des Handlungsorts, namentlich dass dieser auch ausserhalb des Schutzstaats liegen kann sowie dass es auf den Serverstandort nicht ankommt, erfolgten losgelöst davon.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich das Urteil trotz dieser beiden Bezugnahmen auf die MarkenRL nicht auf gemeinschaftsrechtliche, von der Schweiz nicht mitgetragene Grundsätze stützt. Ich gehe daher davon aus, dass das BGer seiner Tradition treu bleiben und der Verpflichtung, den vom EuGH entwickelten Grundsätzen «gebührend Rechnung zu tragen», durch Übertragung dieser Auslegung auf das LugÜ nachkommen wird.

Folgedessen wird das BGer künftig bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten eine Zuständigkeit am schweizerischen, ausserhalb des Schutzstaats liegenden Handlungsort nicht mehr mit den in BGE 132 III 778 ff. E. 3 verwendeten Argumenten ablehnen können. Das BGer verneinte in diesem Urteil eine solche Handlungsortszuständigkeit, weil es dort an der zur Begründung einer Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ erforderlichen besonderen Nähe zur Streitigkeit fehle, denn erstens käme nicht das materielle Recht des Gerichtsstaats zur Anwendung und zweitens erfolge die Patentverletzung nicht dort. Diese Erwägungen des BGer wurden in der Lehre mehrheitlich kritisiert<sup>24</sup>: der erste Grund treffe nicht zu, weil die Zuständigkeitsnormen des LugÜ nicht davon abhingen, wessen Staats materielles Recht gemäss den nationalen Kollisionsregeln in der Sache selbst Anwendung fände; der zweite, aufgrund der Kürze der höchstrichterlichen Ausführungen enigmatisch bleibende Grund schlage nicht durch, weil der Handlungsortsbegriff des LugÜ autonom und zuständigkeitsbezogen auszulegen sei, sein Gehalt mithin nicht von materiellrechtlichen Regelungen abhängen. Das Urteil des EuGH entzieht der Argumentation des BGer nun den Boden und bestätigt damit die Berechtigung der dagegen vorgebrachten Kritik.

<sup>20</sup> EuGH «Google» (Fn. 18), Rz. 99.

<sup>21</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 35.

<sup>22</sup> J. BUKOW, Verletzungsklagen aus gewerblichen Schutzrechten. Die internationale Zuständigkeit nach dem EuGVÜ bzw. der EuGVVO, Hamburg 2003, 57; M. EBNER, Markenschutz im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, Köln 2004, 191; S. KUBIS, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, Bielefeld 1999, 129 und 242; a.A. H. SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2010, Rz. 339.

<sup>23</sup> So gehen etwa M. LEHMANN / M. STIEPER, Anmerkung zu EuGH «Wintersteiger», JZ 2012, 1019, aufgrund dieser Bezugnahme davon aus, dass der EuGH den zuständigkeitsrechtlichen Handlungsort nicht losgelöst von der materiellmarkenrechtlichen Verletzungshandlung definieren will. Dieser Befund steht m.E. jedoch im Widerspruch zu den Erwägungen des EuGH in Rz. 30 f. seines Urteils.

<sup>24</sup> V. RÉTORNAZ, Anmerkung zu BGE 132 III 778, SZP 2007, 131 ff.; R. VON BÜREN / H. P. WALTER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2007, 530 ff.; D. A. HOFMANN / O. M. KUNZ, Basler Kommentar, Basel 2011, LugÜ 5 N 608; ferner B. LÜTHI, System der internationalen Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht. Analyse, ausgehend vom schweizerischen Markenrecht, Zürich 2011, Rz. 774 ff. Zustimmend hingegen D. ACOCELLA, in: A. K. Schnyder (Hg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht. Kommentar, Zürich 2011, LugÜ 5 N 260.



## 2. Zum Erfolgsort im Einzelnen

### a) (Un)Möglichkeit der Abrufung einer Webseite im Schutzstaat für Zuständigkeit irrelevant?

Nebst dem Schutz des Markenrechts im fraglichen Mitgliedsstaat nennt der EuGH keine weiteren Voraussetzungen zur Begründung einer dortigen Erfolgsortszuständigkeit. Selbst dass die fragliche Webseite in diesem Staat überhaupt abrufbar sein muss, wird von ihm nicht als zusätzliches Erfordernis aufgezählt. Dass der EuGH hierzu nichts sagt, erstaunt insofern, als dass der OGH ausdrücklich fragte, ob allein eine Abrufbarkeit der Webseite in diesem Mitgliedsstaat ausreicht<sup>25</sup>. Ist das diesbezügliche Schweigen des EuGH dahingehend zu verstehen, dass die Möglichkeit der Abrufung der Webseite im Schutzstaat für die dortige Zuständigkeitsbegründung unerheblich ist?

Der EuGH dürfte bei seiner Urteilsfindung unausgesprochen vom auch vorliegend gegebenen Regelfall ausgegangen sein: die weltweite (oder zumindest mitgliedsstaatsweite) Abrufbarkeit einer Webseite liegt in der Natur des Internets. Das Voraussetzen der Abrufbarkeit der Webseite im Schutzstaat wirkt daher im Normalfall nicht einschränkend und wäre bloss ein redundantes Erfordernis – entsprechend überflüssig erscheint, es gleichwohl zu nennen. Mit der Ausnahmesituation, dass eine Webseite im Schutzstaat gar nicht oder einzig mittels aufwendiger technischer Umgehungsmaßnahmen abrufbar ist – denkbar vor allem bei staatlichen Zensureingriffen, aber auch bei entsprechenden technischen Vorkehrungen seitens des Webseitenbetreibers<sup>26</sup> –, musste sich der EuGH vorliegend nicht auseinandersetzen; sie wird von ihm denn auch an keiner Stelle thematisiert. Ich gehe davon aus, dass er sich dieser exotischen Konstellation bei der Fällung des Urteils gar nicht erst gewahr war und sie folglich bei der Urteilsredaktion auch nicht bedachte resp. berücksichtigte. Daraus, dass der EuGH beim beurteilen, insofern «unproblematischen» Regelfall die Abrufbarkeit der Webseite im Schutzstaat nicht als Erfordernis erwähnt, lässt sich m.E. daher nicht ableiten, diese sei nach seiner Ansicht zur Begründung einer Erfolgsortszuständigkeit im Schutzstaat unwesentlich<sup>27</sup>. Was zuständigkeitsrechtlich gilt, wenn in einem Staat zwar das Markenrecht geschützt ist, die fragliche Webseite dort aber nicht oder so gut wie nicht (die Konkretisierung dieses Punktes wird die eigentliche Knacknuss sein) abgerufen werden kann, harret somit weiterhin einer Beurteilung.

### b) Keine weiteren Erfordernisse zur Zuständigkeitsbegründung?

Der Schutz des fraglichen Markenrechts in einem Mitgliedsstaat soll gemäss Wortlaut des EuGH-Urteils zur Begründung einer Erfolgsortszuständigkeit in diesem Staat bereits ausreichen. Als zweite, allerdings im Regelfall nicht einschränkend wirkende Voraussetzung kommt m.E. wie zuvor ausgeführt<sup>28</sup> hinzu, dass die Webseite im Schutzstaat abrufbar sein muss.

Die eigentlich entscheidende und kontrovers diskutierte Frage ist jedoch, ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, insbesondere ob die Internetseite im fraglichen Staat «bestimmungsgemäss» abrufbar sein muss. Umstritten ist dabei einerseits, ob es eines solch weiteren Elements überhaupt bedarf, und andererseits, was gegebenenfalls unter der «bestimmungsgemässen» Abrufbarkeit – gerade bei einem Medium wie dem Internet, dessen weltweite Abrufbarkeit in seiner Natur liegt und allgemein bekannt ist – zu verstehen ist<sup>29</sup>. Das BGer warf die Frage zwar auf, liess sie aber letztlich offen<sup>30</sup>. Der EuGH hat in vorliegendem Fall nun festgehalten, es sei eine erst bei der Begründetheit der Klage zu prüfende Frage, ob bei Verwendung eines AdWords auf einer Suchmaschine mit der TLD eines anderen Staats als dem Schutzstaat eine Verletzung des nationalen Markenrechts vorliege<sup>31</sup>. Oder anders gewendet, auf Ebene des Zuständigkeitsrechts ist dies nicht von Belang, womit der EuGH implizit das Bestehen weiterer Voraussetzungen zur Begründung einer Erfolgsortszuständigkeit in diesem Fall verneinte. Dieser Befund ist allerdings zu relativieren:

<sup>25</sup> Siehe Frage 1.b, wiedergegeben in Rz. 16 von EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1).

<sup>26</sup> Beispielsweise mittels Geolocation-Software (siehe kritisch dazu etwa T. HOEREN, Zoning and Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet, MMR 2007, 3 ff.; I. ROTH, Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Frankfurt a.M. 2007, 243 ff.).

<sup>27</sup> Weitergehend als hier der OGH, der in seinem Folgeentscheid bezüglich Erlass einer einstweiligen Verfügung in vorliegender Sache das Urteil des EuGH gar dahingehend versteht, dass darin die Abrufbarkeit der Webseite als Voraussetzung zur Zuständigkeitsbegründung bezeichnet wird (vgl. OGH vom 10. Juli 2012, 4 Ob 82/12f, E. 1.2).

<sup>28</sup> Vorangehend II.2.a).

<sup>29</sup> Für Nachweise zu diesem Meinungsstreit sei verwiesen auf LÜTHI (Fn. 24), Rz. 773, Fn. 3730.

<sup>30</sup> Urteil des BGer vom 6. März 2007, 4C.341/2005, E. 4.2.

<sup>31</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 26.

Bei der umstrittenen zusätzlichen Voraussetzung – gemeinhin, m.E. jedoch wenig glücklich als «bestimmungsgemässe Abrufbarkeit» bezeichnet; passender erschiene mir, wenn von der Notwendigkeit eines «commercial effect» im fraglichen Land gesprochen würde – handelt es sich jedenfalls bei markenrechtlichen Streitigkeiten um eine doppelrelevante Tatsache<sup>32</sup>; sie ist sowohl für die Begründung der Zuständigkeit als auch für die materiellrechtliche Begründetheit der Klage entscheidend<sup>33</sup>. Bei doppelrelevanten Tatsachen ist nicht bereits auf Ebene der zuständigkeitsrechtlichen Beurteilung Beweis dazu abzunehmen und darüber zu befinden, sondern erst auf Ebene der materiellrechtlichen Beurteilung<sup>34</sup>. Zuständigkeitsrechtlich genügt es, wenn die entsprechende Tatsache nur, aber immerhin, vom Kläger behauptet wird und nicht offenkundig unzutreffend ist<sup>35</sup>. Die Erwägung des EuGH, dass nicht bereits auf Stufe der zuständigkeitsrechtlichen Beurteilung über die tatsächliche Verletzung des betroffenen Markenrechts zu befinden ist, trifft daher auch bei Bejahung einer solch zusätzlichen Voraussetzung zu. Fraglich ist bloss, ob zur Begründung einer Erfolgsortszuständigkeit des Schutzstaats vom Kläger nicht einmal eine nicht geradezu abwegige Verletzung dieses Markenrechts behauptet werden muss.

Im konkret entschiedenen Fall verwendete die deutsche Beklagte das Zeichen «Wintersteiger», welches – wie ihr im Übrigen bewusst sein musste – mit der nationalen österreichischen Marke der österreichischen Klägerin identisch ist, als AdWord bei «google.de», und zwar für gleiche Waren wie das Markenrecht bestimmt ist. Vor diesem Hintergrund kann – obwohl die Beklagte die TLD eines anderen Staats («.de» und nicht «.at») verwendete – die Behauptung der Klägerin, dass dadurch ihr Markenrecht verletzt werde, jedenfalls nicht als offensichtlich aus der Luft gegriffen bezeichnet werden<sup>36</sup>. Dies dürfte in Fällen der (i.d.R. bewussten) Verwendung eines AdWords, welches mit dem Markenrecht eines Konkurrenten identisch ist, für gleiche Waren wie die vom Markenrecht bestimmten regelmässig der Fall sein. Und nur über diese spezifische Ausgangslage hat der EuGH befunden, wie die entsprechenden Einschränkungen im Dispositiv zeigen<sup>37</sup>. In dieser Konstellation mag es angehen, vereinfachend davon zu sprechen, der Schutz des Markenrechts im Mitgliedsstaat sei zur dortigen Zuständigkeitsbegründung ausreichend, da die nicht offenkundig unzutreffende Behauptung einer dortigen Markenrechtsverletzung dieser Konstellation inhärent ist. Verallgemeinern und auf alle Fälle von angeblichen Markenrechtsverletzungen übertragen lässt sich dies aber nicht. M.E. bleibt daher trotz des vorliegenden Urteils des EuGH offen, ob bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich zur Begründung einer Erfolgsortszuständigkeit im Schutzstaat nicht doch auch die (nicht evident unzutreffende) Behauptung einer Verletzung des dortigen Rechts durch den Kläger erforderlich ist, was m.E. zu bejahen ist<sup>38</sup>.

### c) Örtliche Zuständigkeit innerhalb des Schutzstaats

Art. 5 Nr. 3 LugÜ bestimmt nicht nur die internationale Zuständigkeit, sondern zugleich auch die örtliche innerhalb dieses Staats<sup>39</sup>. Der EuGH begnügt sich im Urteil «Wintersteiger» jedoch damit, den Schutzstaat für international zuständig zu erklären; Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit macht er keine.

M.E. stehen zwei Erklärungswege für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit im Einklang mit den Erwägungen des EuGH zur internationalen Zuständigkeit: entweder ist massgebend, dass das Markenrecht am entsprechenden Ort geschützt ist. Da ein nationales Markenrecht im gesamten Schutzstaat Schutz geniesst, ist eine örtliche Zuständigkeit überall im Schutzstaat gegeben. Oder es ist wesentlich, dass die fragliche Webseite am entsprechenden Ort abgerufen werden kann. Aufgrund der Ubiquität des Internets ist dies grundsätzlich allorts möglich, weshalb wiederum überall im Schutz-

<sup>32</sup> In dem Sinn etwa LEHMANN / STIEPER (Fn. 23), 1018; weitere Nachweise bei LÜTHI (Fn. 24), Rz. 773, Fn. 3730.

<sup>33</sup> Illustrativ etwa der in vorliegender Sache gefällte Folgeentscheid des OGH vom 10. Juli 2012, 4 Ob 82/12f, E. 2.2.

<sup>34</sup> Statt anderer BGE 137 III 32 ff. E. 2.3 m.w.H.

<sup>35</sup> So die Rechtslage in der Schweiz, vgl. BGE 137 III 32 ff. E. 2.3 m.H. auf BGE 136 III 486 ff. E. 4. In Deutschland etwa wird verlangt, dass die klägerischen Vorbringen schlüssig sein müssen.

<sup>36</sup> Im Ergebnis gl.A. LEHMANN / STIEPER (Fn. 23), 1018; S. FEHRINGER / A. CIZEK, Anmerkung zu EuGH «Wintersteiger», ÖBI 2012, 238.

<sup>37</sup> Die Aussage des Urteils ebenfalls eingeschränkt auf diesen spezifischen Fall bezogen verstehend E. BOESCH, Anmerkung zu EuGH «Wintersteiger», ÖBI 2012, 239.

<sup>38</sup> Im Ergebnis gl.A. LEHMANN / STIEPER (Fn. 23), 1018 f.; FEHRINGER/CIZEK (Fn. 36), 238; M. SLONINA, Deliktgerichtsstand für Markenrechtsverletzungen, *ecolx* 2012, 486.

<sup>39</sup> Aus der Lehre statt anderer J. ADOLPHSEN, *Europäisches und internationales Zivilprozessrecht in Patentsachen*, 2. Aufl., Köln 2009, Rz. 469, und aus der Praxis etwa BGE 125 III 346 ff. E. 4.b.

staat eine örtliche Zuständigkeit gegeben ist. So oder so sind demnach alle (sachlich zuständigen) Gerichte im Schutzstaat örtlich zuständig<sup>40</sup>; der Kläger kann das ihm Genehme aussuchen.

#### d) Beschränkter Kognitionsumfang der Gerichte am Erfolgsort

Die Kognition der Gerichte im Schutzstaat erstreckt sich gemäss EuGH auf die Untersagung jeglicher Beeinträchtigung des entsprechenden nationalen Markenrechts sowie den gesamten Schaden, der durch dessen Verletzung entstanden sein soll. Auf die Beurteilung der Verletzung von Immaterialgüterrechten anderer Staaten – und seien es auch inhaltsgleiche, parallele Schutzrechte – erstreckt sich die Kognitionsbefugnis dieser Gerichte nicht<sup>41</sup>. In vorliegendem Fall sind die österreichischen Gerichte daher einzig zur Beurteilung zuständig, ob das österreichische Markenrecht «Wintersteiger» verletzt wird; die mögliche Verletzung allfälliger ausländischer Markenrechte (in casu insbesondere eines deutschen Markenrechts «Wintersteiger») dürfen sie nicht beurteilen. Will der angeblich Geschädigte die Verletzung von (parallelen) Markenrechten verschiedener Schutzstaaten in einem Verfahren beurteilt wissen, kann er dies somit bei denjenigen Gerichten nicht erreichen, deren Zuständigkeit sich auf den resp. die Erfolgsort/e stützt.

Dieser auf die Verletzung inländischer Immaterialgüterrechte beschränkte Kognitionsumfang der Gerichte des Erfolgsortsstaats muss sich auch im Dispositiv des Urteils reflektieren; nur die Verletzung einheimischer Immaterialgüterrechte ist zu untersagen. Dabei ist eine Besonderheit von Immaterialgüterrechten zu beachten: sie können einzig durch Handlungen oder Wirkungen im Schutzstaat verletzt werden<sup>42</sup>. In vorliegendem Fall könnte eine den eingeschränkten Kognitionsumfang berücksichtigende Unterlassungsanordnung bei Gutheissung der Klage in der Sache<sup>43</sup> etwa dahingehend lauten, dass die Verwendung von «Wintersteiger» als AdWord auf «google.de» verboten wird, soweit die Suchanfrage aus Österreich erfolgt. Dieselbe Suchabfrage auf «google.de» beispielsweise aus Spanien verletzt nämlich mangels eines «commercial effect» in Österreich das österreichische Markenrecht nicht, weshalb gestützt auf das österreichische Markenrecht auch kein Grund besteht, sie zu verbieten.

Doch auch eine solch eingeschränkte Unterlassungsanordnung ist problembehaftet. Denn eine 100 % zuverlässige «länderspezifische» Aufteilung ist häufig technisch oder faktisch nicht möglich, was insbesondere für das Internet gilt, aber auch bei anderen Medien zutreffen kann<sup>44</sup>. Diesfalls führt selbst eine eingeschränkte Unterlassungsanordnung faktisch zu einem umfassenden Verbot, will ihr der davon Belastete ausnahmslos nachkommen. Diese über das rechtlich Beurteilte hinausgehende faktische Urteilswirkung verletzt zwar den beschränkten Kognitionsumfang nicht und ist daher zuständigkeitsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>45</sup>. Dies heisst allerdings nicht, dass sie auch sachgerecht wäre – oftmals ist sie es nicht. Zu fordern ist, dass das urteilende Gericht (wie auch die Parteien) die faktische Reichweite einer Unterlassungsanordnung mit in Betracht zieht und abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls, insbesondere der Interessenlage beider Parteien, eine ausgewogene, sachgerechte Lösung sucht<sup>46</sup>.

### 3. Zum Handlungsort im Einzelnen

#### a) Und es gibt sie doch – zuständigkeitsrechtliche Handlungsorte ausserhalb des Schutzstaats

Während langer Zeit war nahezu unbestritten, dass bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten der Deliktgerichtsstand ausschliesslich im Schutzstaat liegen kann. In jüngerer Zeit wird diese Ansicht

<sup>40</sup> Im Ergebnis ebenso SLONINA (Fn. 38), 486.

<sup>41</sup> Statt anderer LEHMANN / STIEPER (Fn. 23), 1019; zumindest missverständlich J. DIETZE, Anmerkung zu EuGH «Wintersteiger», EuZW 2012, 516.

<sup>42</sup> Ausführlich dazu, insb. weshalb hier von inländischen Handlungen oder Wirkungen und nicht von inländischen «Benutzungshandlungen» die Sprache ist, LÜTHI (Fn. 24), Rz. 751 ff., insb. Rz. 756 f.

<sup>43</sup> Eine solche erscheint vorliegend allerdings wenig wahrscheinlich, hat doch der OGH den Erlass einer einstweiligen Verfügung in dieser Angelegenheit abgelehnt (siehe OGH vom 10. Juli 2012, 4 Ob 82/12f, E. 2.2).

<sup>44</sup> Beispielsweise bei Zeitschriften, wenn keine länderspezifischen Ausgaben herausgegeben werden.

<sup>45</sup> Ebenso etwa W. F. LINDACHER, Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität, GRUR Int. 2008, 455 f.; R. HYE-KNUDSEN, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, Tübingen 2005, 107; a.A. etwa A. KUR, Identical Marks Belonging to Different Owners in Different Countries. (How) Can They Coexist in Cyberspace?, JWIP 2000, 316 f. Weitere Nachweise bei LÜTHI (Fn. 24), Rz. 827, Fn. 3899.

<sup>46</sup> Weiterführend hierzu und m.w.H. LÜTHI (Fn. 24), Rz. 828 ff.

jedoch vermehrt in Zweifel gezogen<sup>47</sup>. Zur Begründung, weshalb der Deliktsgerichtsstand nur im Schutzstaat sein kann, werden primär zwei Argumente angeführt: zum einen sei bei Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsort gar nicht möglich. Denn diese beiden Orte fielen zusammen, da Immaterialgüterrechte durch sogenannte Benutzungshandlungen verletzt würden und der Schadenerfolg zeitgleich ebendort eintrete, mithin kein vom Vornahmeort der Benutzungshandlung verschiedener Ort des Schadenerfolgs existiere<sup>48</sup>. Zum anderen gelte im Immaterialgüterrecht das Territorialitätsprinzip, welches u. a. bewirke, dass ein Immaterialgüterrecht nur durch Benutzungshandlungen im Schutzstaat verletzt werden könne, nicht aber durch Benutzungshandlungen andernorts<sup>49</sup>. Im Einzelnen hierauf einzugehen, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen<sup>50</sup>. Genügen muss hier die Feststellung, dass beiden Argumenten ein Rekurrieren auf das materielle Immaterialgüterrecht und insbesondere den dort verwendeten Begriff der Benutzungshandlung und dessen Transponierung ins Zuständigkeitsrecht gemein ist.

Der EuGH hat sich in vorliegendem Urteil nun deutlich dahingehend geäußert, dass sich die materiellrechtliche räumliche Begrenzung des Schutzgebiets eines Immaterialgüterrechts – womit er das Territorialitätsprinzip angesprochen haben dürfte – nicht dahingehend auswirkt, dass zuständigkeitsrechtlich Handlungs- und Erfolgsort ebenfalls beide im Schutzstaat liegen müssten<sup>51</sup>. M.a.W. spricht sich der EuGH für ein autonom zuständigkeitsrechtliches Verständnis der Begriffe des Handlungs- und des Erfolgsorts aus<sup>52</sup>. Bei einer solchen Loslösung des Zuständigkeitsrechts vom materiellen Recht ist es ohne Weiteres möglich, auch bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten Handlungs- und Erfolgsorte voneinander zu unterscheiden und es spricht auch nichts dagegen, den Handlungsort ausserhalb des Schutzstaats zu lokalisieren. Diese autonom zuständigkeitsrechtliche Auslegung der EuGVVO – und damit auch des LugÜ – ist aus meiner Sicht zu begrüßen<sup>53</sup>.

*b) Der Handlungsort befindet sich nicht am Entscheidort, am Ergebnis ändert dies aber nichts*

Der EuGH lokalisiert vorliegend den Handlungsort am Ort, wo über das Auslösen des technischen Vorgangs entschieden wurde. Dabei fingiert er, dass dies am Ort der Niederlassung des Werbenden geschehen sei<sup>54</sup>.

Überzeugender wäre es m.E. jedoch gewesen, auf den Ort abzustellen, an welchem der Werbende den Befehl zur Aufschaltung der Werbung erteilt hat, etwa durch Freigabe der Anzeige. Denn erst hierbei handelt es sich um die gegen aussen gerichtete Handlung<sup>55</sup>, mit welcher der Entscheid über das Auslösen des technischen Vorgangs effektiv in die Tat umgesetzt wird. Den Entscheid dazu zu fällen, ist höchstens, wenn überhaupt, eine Vorbereitungshandlung, welche für sich aber noch keine Zuständigkeit zu begründen vermag<sup>56</sup>. Dass es auf die gegen aussen gerichtete Handlung ankommt, steht denn auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH bei einer Persönlichkeitsverletzung in einer Zeitung: der EuGH erachtete dort als Handlungsort den Ort, an welchem die ehrverletzende Äusserung gemacht und in Umlauf gebracht wurde, und nicht etwa den Ort, an welchem der Entscheid über die Publikation des Artikels getroffen wurde<sup>57</sup>. Auf das Ergebnis wirkt sich dies allerdings nicht aus. Denn mit derselben Berechtigung wie das Treffen des Entscheids über die Schaltung der Anzeige als am Ort der Niederlassung des Werbenden erfolgt fingiert werden kann, kann auch die

<sup>47</sup> Einen zuständigkeitsrechtlichen Handlungsort ausserhalb des Schutzstaats bejahend etwa ADOLPHSEN (Fn. 39), Rz. 490 ff.; RÉTORNAZ (Fn. 24), 132 f.; R. GEIMER / R. A. SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2010, EuGVVO 5 N 262b. Weitere Nachweise bei LÜTHI (Fn. 24), Rz. 761, Fn. 3690.

<sup>48</sup> So etwa SCHACK (Fn. 22), Rz. 343; KUBIS (Fn. 22), 121 f., 203, 228 und 241; a.A. etwa EBNER (Fn. 22), 186 und 193; S. A. MÄDER, Die Anwendung des Lugano-Übereinkommens im gewerblichen Rechtsschutz, ausgehend von Art. 16 Nr. 4 LugÜ, Bern 1999, 120 f., und das BGer (statt anderer BGE 132 III 778 ff. E. 3).

<sup>49</sup> So etwa E. MARBACH, SIWR III/1, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 32; A. TROLLER, Immaterialgüterrecht I, 3. Aufl., 1983, 187 f.

<sup>50</sup> Ausführlich dazu und m.w.H. LÜTHI (Fn. 24), Rz. 712 ff. und Rz. 751 ff.

<sup>51</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 30.

<sup>52</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 31.

<sup>53</sup> Ebenso SLONINA (Fn. 38), 486; DIETZE (Fn. 41), 516; a.A. LEHMANN / STIEPER (Fn. 23), 1019.

<sup>54</sup> EuGH «Wintersteiger» (Fn. 1), Rz. 37.

<sup>55</sup> Ergänzend sei an dieser Stelle angemerkt, dass der Werbende die Handlung des Erteilens des Befehls physisch auf der Tastatur seines Computers vornimmt (von wo aus dieser Befehl freilich weitergeleitet wird) und nicht etwa auf dem Server des Anbieters von AdWords auf Suchmaschinen. Der Serverstandort von google.de kann schon aus diesem Grund nicht als Handlungsort in Betracht kommen, wenn es um die Handlung des Werbenden geht.

<sup>56</sup> So zu Recht BGE 133 III 282 ff. E. 5.2. m.w.H.

<sup>57</sup> Vgl. EuGH «Shevill» (Fn. 5), Rz. 24.



dortige Erteilung des Befehls zur Schaltung der Werbung fingiert werden. So oder so ist also der Ort der Niederlassung des Werbenden als Handlungsort zu betrachten.

*c) Der Handlungsort ausserhalb des Schutzstaats ist v.a. für negative Feststellungsklagen von Bedeutung*

Der so lokalisierte Handlungsort befindet sich also am Ort der Niederlassung des Werbenden. Hätte Wintersteiger in vorliegendem Fall ihre Klage dort eingereicht, wäre Art. 5 Nr. 3 EuGVVO aber gar nicht zur Anwendung gelangt. Denn Art. 5 Nr. 3 EuGVVO/LugÜ greift ausdrücklich nur, wenn die Klage in einem anderen Staat als demjenigen eingereicht wird, in welchem die Beklagte ihren Wohnsitz – oder bei juristischen Personen alternativ ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung<sup>58</sup> – hat, was nicht der Fall gewesen wäre. Deutschland wäre freilich gleichwohl international zuständig gewesen, doch hätte sich dies aus Art. 2 EuGVVO ergeben und die örtliche Zuständigkeit innerhalb Deutschlands wäre dem nationalen deutschen Recht zu entnehmen gewesen. Es stellt sich daher die Frage, ob die vom EuGH vorgenommene Lokalisierung des Handlungsorts am ausserhalb des Schutzstaats gelegenen Ort der Niederlassung des Werbenden zwar aus dogmatischer Sicht interessant sein mag, vor vorgenanntem Hintergrund aber einer praktischen Bedeutung entbehrt.

LEHMANN/STIEPER sind in der Tat dieser Ansicht und sehen die einzige praktische, allerdings ausgesprochen geringfügige Relevanz im früheren Anknüpfungszeitpunkt (Vornahme der Handlung statt Klageerhebung), weshalb trotz einer vor Klageerhebung vorgenommenen Verlegung der Niederlassung des Werbenden in einen anderen Mitgliedsstaat eine Zuständigkeit am ehemaligen Niederlassungsort bestehen bleibt, nunmehr gestützt auf die Deliktzuständigkeit<sup>59</sup>.

SLONINA sieht die praktische Bedeutung für den Fall einer (umstrittenen<sup>60</sup>, dem EuGH in drei Vorabentscheidungsersuchen zur Beurteilung vorliegenden<sup>61</sup>) Zurechnung von Handlungen resp. Handlungsorten zwischen Mittätern für den Fall der behaupteten Verletzung mehrerer jeweils nationaler Immaterialgüterrechte als gegeben, da Art. 6 Nr. 1 LugÜ (Gerichtsstand der Streitgenossenschaft) bei Verletzung verschiedener, voneinander unabhängiger nationaler Immaterialgüterrechte keine Verfahrenskonzentration erlaube<sup>62</sup>. Diese Ansicht überzeugt m. E. jedoch nicht: Sollen mehrere Personen gemeinschaftlich vorgegangen sein, z. B. als Mittäter, so verletzen sie auch gemeinsam dasselbe resp. dieselben nationale/n Immaterialgüterrecht/e; dies liegt im Wesen der Mittäterschaft. Bei dieser Ausgangslage steht nach jüngerer Rechtsprechung des EuGH der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft offen<sup>63</sup>. Da der EuGH die Handlung als am Ort der Niederlassung (in casu des Werbenden) vorgenommen fingiert<sup>64</sup>, können durch eine Zurechnung der Handlungen keine zusätzlichen, nicht bereits aufgrund von Art. 6 Nr. 1 LugÜ bestehenden Zuständigkeiten begründet werden. Wird den mehreren Personen aber eine jeweils eigenständige Verletzung nationaler, wenn auch inhaltlich paralleler Immaterialgüterrechte vorgeworfen, so steht gemäss EuGH der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft in der Tat nicht zur Verfügung, und zwar auch dann nicht, wenn alle diese Personen zum selben Konzern gehören<sup>65</sup>. Eine Zurechnung der Handlungen resp. Handlungsorte kommt bei dieser Konstellation aber ebenfalls nicht in Frage, denn es fehlt am Vorwurf, die mehreren Personen seien gemeinschaftlich – eben als Mittäter – vorgegangen, und allein eine konzernmässige Zusammengehörigkeit genügt für eine zuständigkeitsrechtliche Zurechnung von Handlungen resp. Handlungsorten nicht.

Die Lokalisierung des Handlungsorts ausserhalb des Schutzstaats ist dennoch von erheblicher praktischer Bedeutung. Dies im Falle einer negativen Feststellungsklage des angeblichen Schädigers, mit welcher dieser die Feststellung verlangt, dass keine Forderung aus unerlaubter Handlung des angeb-

<sup>58</sup> Art. 60 Abs. 1 LugÜ.

<sup>59</sup> LEHMANN/STIEPER (Fn. 23), 1019.

<sup>60</sup> Für Nachweise siehe P. OBERHAMMER, in: F. Dasser / P. Oberhammer (Hg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ). Kommentar, 2. Aufl., Bern 2011, LugÜ 5 N 112, Fn. 263.

<sup>61</sup> Rs. C-228/11, «Melzer/MF Global UK Ltd.»; Rs. C-360/12, «Coty Prestige Lancaster Group GmbH/First Note Perfumes NV»; Rs. C-387/12, «Hi Hotel HCF».

<sup>62</sup> SLONINA (Fn. 38), 485.

<sup>63</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, Rs. C-616/11, «Solvay SA/Honeywell Fluorine Products Europe BV u.a.», Rz. 27 ff. (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht), und dazu S. LUGINBÜHL, Weiterentwicklung und Öffnung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu grenzüberschreitenden Patentstreitigkeiten, sic! 2012, 840.

<sup>64</sup> Dazu vorangehend II.3.b).

<sup>65</sup> EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. C-539/03, «Roche Nederland NV u. a./Frederick Primus und Milton Goldenberg», Slg. 2006, I-6535.

lich Geschädigten (der diesfalls Beklagter ist) gegenüber ihm bestehe. Der EuGH entschied jüngst, dass der Deliktsgerichtsstand negativen Feststellungsklagen ohne Einschränkungen auf zuständigkeitsrechtlicher Ebene<sup>66</sup> offenstehe<sup>67</sup>, womit der diesbezüglich seit langem geführte Disput<sup>68</sup> vorerst ein Ende findet. Für das BGer bedeutet dieses Diktum des EuGH, dass es auf seine (allerdings ohnehin inkonsistente<sup>69</sup>) Rechtsprechung von BGE 133 III 282 ff. zurückkommen muss. Gemäss in der Lehre zu Recht kritizierter<sup>70</sup> Ansicht des BGer soll nämlich der angebliche Schädiger nicht ebenso wie der angeblich Geschädigte frei zwischen Handlungs- und Erfolgsort wählen können, sondern er soll eine negative Feststellungsklage einzig am im konkreten Einzelfall effektiv beweisnäheren dieser beiden Orte erheben können<sup>71</sup>. Eine solche zuständigkeitsrechtliche Ungleichbehandlung von angeblichem Schädiger und angeblich Geschädigtem ist im Nachgang zum «Folien Fischer»-Urteil des EuGH nicht mehr angängig und eine negative Feststellungsklage wird künftig unabhängig der Beweisnähe in concreto sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort eingereicht werden können.

Anhand einer Abwandlung des Sachverhalts des vorliegenden Urteils soll die Bedeutung des ausserhalb des Schutzstaats lokalisierten Handlungsorts für negative Feststellungsklagen illustriert werden: hätte Products 4U als angebliche Schädigerin auf negative Feststellung geklagt, dass Wintersteiger keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegenüber ihr zustehen, wäre Wintersteiger die Beklagte gewesen. Ohne Weiteres hätte Products 4U gestützt auf Art. 2 EuGVVO in Österreich klagen können, hat die Beklagte Wintersteiger doch dort ihren Sitz. Gestützt auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO hätte sie jedoch auch am Handlungsort<sup>72</sup> klagen können, der gemäss EuGH am Ort der Niederlassung des Werbenden, hier also von ihr selbst, zu lokalisieren ist. M.a.W. hätte Products 4U am Ort ihrer eigenen Niederlassung klagen können. Hinzu kommt, dass der Kognitionsumfang dieses Gerichts ein weiter ist. Denn die zuständigkeitsbegründende Handlung ist nicht nur ursächliches Geschehen für die behauptete Verletzung des österreichischen Markenrechts, sondern ebenso für die allenfalls ausserdem behauptete Verletzung allfälliger paralleler nationaler Markenrechte durch Verwendung dieses Ad-Words. Entsprechend erstreckt sich die Kognitionsbefugnis dieses Gerichts auf die Beurteilung der Verletzung aller Markenrechte, deren Verletzung die angeblich Geschädigte durch diese Handlung behauptet<sup>73</sup>. Die Attraktivität der erfolgten Lokalisierung des Handlungsorts für negative Feststellungsklagen ist damit offenbar. Allerdings führt dieses Ergebnis auch die Problematik der zuständigkeitsrechtlichen Anknüpfung am Handlungsort vor Augen, wird damit doch an einen Ort angeknüpft, der auf einseitigem Handeln bloss einer Partei beruht, was nicht befriedigt<sup>74</sup>.

## Zusammenfassung

*Durch die vom EuGH vorgenommene Auslegung gewinnt der Deliktsgerichtsstand bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten weiter an Konturen. Entgegen der wohl h.L. bejaht er einen ausserhalb des Schutzstaats gelegenen zuständigkeitsbegründenden Handlungsort. Diese Zuständigkeit ist vor allem für negative Feststellungsklagen des angeblichen Schädigers interessant, für welche der Deliktsgerichtsstand gemäss jüngster Rechtsprechung des EuGH ebenfalls offensteht. In Anbetracht dessen lassen sich zwei amtlich publizierte Urteile des BGer (BGE 133 III 282 ff.; 132 III 778 ff.) künftig nicht mehr aufrechterhalten. Zur Begründung der Erfolgsortszuständigkeit reichte in concreto bereits aus, dass die Marke im fraglichen Staat geschützt ist. Diese ausgesprochen geringen Anforderungen lassen sich m.E. jedoch nicht unbesehen auf alle Arten von über das Internet begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen übertragen.*

<sup>66</sup> Offen bleibt, ob andere Gründe wie etwa das (fehlende) Rechtsschutzinteresse der Erhebung einer negativen Feststellungsklage entgegenstehen; vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2012, Rs. C-133/11, «Folien Fischer AG und Fofitec AG/Ritrama SpA.», Rz. 50 (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht).

<sup>67</sup> EuGH «Folien Fischer» (Fn. 66), Rz. 55.

<sup>68</sup> Ausführlich dazu und m.w.H. LÜTHI (Fn. 24), Rz. 151 ff.

<sup>69</sup> Gerade gegenteilig z.B. das Markenrecht betreffende Urteil des BGer vom 24. April 2007, 4C.40/2007, E. 7.5 f.

<sup>70</sup> Etwa T. DOMEJ, Negative Feststellungsklagen am Deliktsgerichtsstand, IPRax 2008, 550 ff.; T. GÖKSU, Negative Feststellungsklage: ausgewählte Aspekte und neuere Entwicklung, ZZZ 2008/2009, 182 f.; OBERHAMMER (Fn. 60), LugÜ 5 N 124 und 132, Fn. 184; SCHACK (Fn. 22), Rz. 569, insb. Fn. 3.

<sup>71</sup> BGE 133 III 282 ff. E. 4.5.

<sup>72</sup> Eine Klage am Erfolgsort scheidet in casu aus, weil es vorliegend einzig um die angebliche Verletzung einer österreichischen Marke geht und folgedessen der Erfolgsort nur in Österreich liegt. Dort aber hat die Beklagte ihren Sitz, weshalb Art. 5 Nr. 3 EuGVVO insofern nicht zur Anwendung gelangt.

<sup>73</sup> Übereinstimmend mit EuGH «Shevill» (Fn. 5), Rz. 25.

<sup>74</sup> Weiterführend dazu und m.w.H. DOMEJ (Fn. 70), 554 f.; LÜTHI (Fn. 24), Rz. 162 ff.

## Résumé

*Grâce à l'interprétation faite par la Cour de justice, le for en matière de délits relevant du droit de la propriété intellectuelle continue à être précisé. Contrairement à la doctrine actuelle, elle reconnaît une compétence judiciaire au lieu de l'événement causal du dommage qui se trouve en-dehors de l'Etat membre dans lequel le droit en cause est protégé. Cette attribution de la compétence a de l'importance notamment en relation avec les actions en constatation négative pour lesquelles la compétence judiciaire peut, conformément à la jurisprudence récente de la CJUE, également être rattachée au lieu de l'événement causal du dommage. Par conséquent, deux décisions du Tribunal Fédéral publiées dans le recueil officiel (ATF 133 II 282 ss; 132 III 778 ss) ne peuvent plus être défendues. Pour admettre la compétence judiciaire des autorités du lieu du résultat, il était en effet suffisant in concreto que la marque soit protégée dans l'Etat en question. Ces conditions particulièrement souples ne peuvent à mon sens être appliquées à toutes les violations de droits de propriété intellectuelle causées à travers l'Internet.*