SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK

vom 27. Januar 2009 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung . . . . . I - 3332

II — Rechtlicher Rahmen . . . . . I - 3333

A — Verordnung Nr. 44/2001 . . . . . I - 3333

B — Brüsseler Übereinkommen . . . . . I - 3335

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen . . . . . I - 3335

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof . . . . . I - 3339

V — Vorbringen der Beteiligten . . . . . I - 3339

A — Erste Vorlagefrage . . . . . I - 3339

B — Zweite Vorlagefrage . . . . . I - 3342

C — Dritte Vorlagefrage . . . . . I - 3343

VI — Würdigung durch die Generalanwältin . . . . . I - 3345

A — Einleitung . . . . . I - 3345

B — Erste Vorlagefrage . . . . . I - 3346

1. Merkmale des Lizenzvertrags . . . . . I - 3346

2. Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 . . . . . I - 3349

a) Abstrakte Definition des Begriffs „Dienstleistung“ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 . . I - 3351

1 — Originalsprache: Slowenisch.

b) Teilweise Analogie zur Definition des Dienstleistungsbegriffs im Primärrecht . . . . . I - 3352

c) Bedeutung einer einheitlichen Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 und der Rom-I-Verordnung . . . . . I - 3355

d) Keine Möglichkeit einer Analogie zur Definition des Dienstleistungsbegriffs in den Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer . . . . . I - 3357

e) Meinungen im Schrifttum . . . . . I - 3358

3. Ergebnis . . . . . I - 3358

C — Zweite Vorlagefrage . . . . . I - 3359

D — Dritte Vorlagefrage . . . . . I - 3359

1. Änderung der Vorschriften über die Zuständigkeit für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben: vom Brüsseler Übereinkommen zur Verordnung Nr. 44/2001 . . . . . I - 3360

a) Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens . . . . . I - 3360

b) Gründe für die Änderung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens . . . . . I - 3361

c) Reaktion auf die Kritik: Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 . . . . I - 3362

2. Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 . . I - 3362

3. Bedeutung des Urteils Besix in der vorliegenden Rechtssache . . . . . I - 3367

4. Ergebnis . . . . . I - 3367

VII — Entscheidungsvorschlag . . . . . I - 3368

I — Einleitung

1. Kaum eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts war vor ihrem Erlass Gegenstand derart schwieriger Verhandlungen mit ungewissem Ausgang und hat so zahlreiche Reaktionen in Fachkreisen hervorgerufen wie Art. 5 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [2] (sogenannte Brüssel-I-Verordnung, im Folgenden: Verordnung Nr. 44/2001), nach dem sich das für einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zuständige Gericht bestimmt. Diese Vorschrift hat in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Art. 5 Nr. 1 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [3] (im Folgenden: Brüsseler Übereinkommen) ersetzt, weshalb der Gerichtshof bei der Auslegung dieser Vorschrift den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers umso stärker wird berücksichtigen müssen. Zugleich wird der Gerichtshof an dem Punkt fortfahren müssen, an dem der Gesetzgeber aufgehört hat, und steht vor der schwierigen Aufgabe, die in dieser Vorschrift enthaltenen Begriffe präzise zu definieren und die Zuständigkeit für die einzelnen Vertragstypen zu bestimmen.

2. Die vorliegende Rechtssache wirft die Frage auf, ob ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt (Lizenzvertrag) [4] und den Vertragsparteien aus verschiedenen Mitgliedstaaten geschlossen haben, für die Zwecke der Bestimmung des zuständigen Gerichts als Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 angesehen werden kann. Zugleich betrifft diese Rechtssache die Frage, ob bei der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 die Kontinuität im Verhältnis zur Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens zu wahren ist.

3. Die Vorlagefragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen den Klägern, die Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch, und der Beklagten, Gisela Weller-Lindhorst, wegen der Nichtzahlung von Lizenzentgelt, das die Beklagte den Klägern aufgrund eines Lizenzvertrags schulden soll, durch den die Beklagte die Lizenz zum Verkauf von Videoaufnahmen eines Konzerts erhalten hat, an dem die Kläger die Urheberrechte besitzen.

2 — ABl. L 12, S. 1.

3 — Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1972, L 299, S. 32), geändert durch das Übereinkommen vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland (ABl. L 304, S. 1 und — geänderte Fassung — S. 77), das Übereinkommen vom 25. Oktober 1982 über den Beitritt der Republik Griechenland (ABl. L 388, S. 1), das Übereinkommen vom 26. Mai 1989 über den Beitritt des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik (ABl. L 285, S. 1) sowie das Übereinkommen vom 29. November 1996 über den Beitritt der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden (ABl. 1997, C 15, S. 1).

4 — Das vorlegende Gericht verwendet für diesen Vertrag den Ausdruck „Lizenzvertrag", den ich deshalb auch in meinen Schlussanträgen benutzen werde, obwohl, wie ich in Nr. 49 erläutern werde, der Lizenzvertrag in einigen Mitgliedstaaten enger definiert ist.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Verordnung Nr. 44/2001*

4. Der zweite Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 lautet:

„Die Unterschiede zwischen bestimmten einzelstaatlichen Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen erschweren das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts. Es ist daher unerlässlich, Bestimmungen zu erlassen, um die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen zu vereinheitlichen und die Formalitäten im Hinblick auf eine rasche und unkomplizierte Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten zu vereinfachen."

5. Der 12. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt:

„Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten muss durch alternative Gerichtsstände ergänzt werden, die entweder aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit oder im Interesse einer geordneten Rechtspflege zuzulassen sind."

6. Der 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 lautet:

„Um die Kontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und dieser Verordnung zu wahren, sollten Übergangsvorschriften vorgesehen werden. Dies gilt auch für die Auslegung der Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Ebenso sollte das Protokoll von 1971 auf Verfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bereits anhängig sind, anwendbar bleiben."

7. Die Verordnung Nr. 44/2001 enthält in Kapitel II („Zuständigkeit") Vorschriften über die Zuständigkeit.

8. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001, der in Abschnitt 1 („Allgemeine Vorschriften") des Kapitels über die Zuständigkeit steht, bestimmt:

„Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen."

9. Im selben Abschnitt der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt Art. 3 Abs. 1:

„Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, können vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats nur gemäß den Vorschriften der Abschnitte 2 bis 7 dieses Kapitels verklagt werden."

10. Art. 5, der in Abschnitt 2 („Besondere Zuständigkeiten") des Kapitels über die Zuständigkeit steht, bestimmt:

„Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden:

1. a) wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre;

   b) im Sinne dieser Vorschrift — und sofern nichts anderes vereinbart worden ist — ist der Erfüllungsort der Verpflichtung

   — für den Verkauf beweglicher Sachen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen;

   — für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen;

   c) ist Buchstabe b) nicht anwendbar, so gilt Buchstabe a);

   …

3. wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht;

…“

B — *Brüsseler Übereinkommen*

11. Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens bestimmt:

„Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, kann in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden:

a) wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre; …“

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

12. Nach den Angaben in der Vorlageentscheidung ist die Erstklägerin im Ausgangsverfahren — die Falco Privatstiftung — eine Stiftung mit Sitz in Wien (Österreich), die die Urheberrechte des verstorbenen österreichischen Sängers Falco verwaltet. Der in Wien wohnhafte Zweitkläger, Thomas Rabitsch, gehörte der Musikgruppe des Sängers an. Die in München (Deutschland) wohnhafte Beklagte, Gisela Weller-Lindhorst, verkaufte Videoaufnahmen (DVDs) und Tonaufnahmen (CDs) eines Konzerts, das der Sänger mit seiner Musikgruppe im Jahr 1993 gegeben hatte. Bezüglich der Videoaufnahmen schloss sie mit den Klägern einen Lizenzvertrag, durch den sie das Recht zum Vertrieb der Videoaufnahmen des Konzerts in Österreich, Deutschland und der Schweiz erlangte. Zwar vereinbarten die Parteien die einmalige Ausgabe einer Promotions-CD mit einer Tonaufnahme des Konzerts, doch schloss die Beklagte bezüglich der Tonaufnahmen keinen Lizenzvertrag mit den Klägern. Die Promotions-CD sollte lediglich der Werbung für die Videoaufnahmen des Konzerts dienen.

13. Im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht in Österreich, dem Handelsgericht Wien, forderten die Kläger von der Beklagten erstens aufgrund bekannter DVD-Verkaufszahlen Lizenzentgelt in Höhe von 20 084,04 Euro und zweitens Rechnungslegung über die Gesamtzahl der verkauften DVDs und CDs sowie ein sich daraus ergebendes weiteres Lizenzentgelt für die DVDs und Zahlung einer angemessenen Vergütung sowie Schadensersatz für die CDs. Die Kläger stützten ihre Ansprüche auf Zahlung der genannten Beträge bei den DVDs auf den Lizenzvertrag, bei den CDs hingegen auf einen Eingriff in ihre Urheberrechte an den Tonaufnahmen des Konzerts.

14. Das erstinstanzliche Gericht bejahte seine Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001, der die Zuständigkeit in den Fällen regelt, in denen eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Auf der Grundlage dieses Artikels stellte das Gericht fest, dass es für den Anspruch wegen eines Eingriffs in die Urheberrechte an den Tonaufnahmen zuständig sei, da diese Aufnahmen auch in Österreich verkauft würden. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen dem Anspruch aus dem Lizenzvertrag auf Zahlung von Lizenzentgelt für die DVDs und dem Anspruch wegen eines Eingriffs in die Urheberrechte bejahte es auch seine Zuständigkeit für den Anspruch aus dem Lizenzvertrag.

15. Im Berufungsverfahren bejahte das Oberlandesgericht Wien bezüglich des Anspruchs auf Zahlung einer angemessenen Vergütung und Schadensersatz wegen eines Eingriffs in die Urheberrechte seine Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001. Hinsichtlich des Anspruchs aus dem Lizenzvertrag auf Zahlung von Lizenzentgelt für die DVDs erklärte es sich für unzuständig und wies die Klage zurück, soweit sie diesen Anspruch betrifft. Das Oberlandesgericht vertrat die Auffassung, dass das für diesen Anspruch zuständige Gericht nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt werden müsse, der die Zuständigkeit für Verfahren regelt, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben. Die Hauptleistungspflicht aus dem Lizenzvertrag sei eine Geldschuld, die sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht am Wohnsitz des Schuldners erfüllt werden müsse, so dass die deutschen Gerichte für die Klage zuständig seien. Nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 könne die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, da der Lizenzvertrag nicht die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift zum Gegenstand habe. Die Kläger erhoben gegen den Beschluss des Berufungsgerichts Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof.

16. Der Oberste Gerichtshof führt in seinem Vorlagebeschluss aus, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 keine Definition des Begriffs „Dienstleistung“ enthalte. Angesichts der weiten Definition dieses Begriffs in der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit [5] und den Gemeinschaftsvorschriften über die Mehrwertsteuer [6] überlegt das vorlegende Gericht, ob ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräume — also ein Lizenzvertrag — ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 sein könne.

5 — Das vorlegende Gericht verweist auf die Urteile vom 29. April 1999, Ciola (C-224/97, Slg. 1999, I-2517), und vom 21. März 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Slg. 2002, I-3193).

6 — Das vorlegende Gericht nennt in diesem Zusammenhang Art. 6 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1) und Art. 25 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347, S. 1).

17. Falls ein Lizenzvertrag ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 sein könne, stelle sich sodann die Frage, wo nach diesem Vertrag die Dienstleistungen erbracht worden seien. Der Beklagten sei die Lizenz für zwei Mitgliedstaaten, Österreich und Deutschland, sowie einen Drittstaat, die Schweiz, erteilt worden. Die Kläger, die die Lizenz erteilt hätten, hätten ihre Hauptverwaltung bzw. ihren Wohnsitz in Österreich, der Wohnsitz der Beklagten, die die Lizenz erhalten habe, befinde sich hingegen in Deutschland.

18. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts kommen zwei verschiedene Orte als Ort in Frage, an dem die Dienstleistungen erbracht wurden. Einerseits könnten die Dienstleistungen an jedem Ort in einem Mitgliedstaat für erbracht gehalten werden, an dem die Nutzung des Rechts aufgrund des Lizenzvertrags gestattet sei und tatsächlich erfolge. Andererseits komme aber auch der Ort der Hauptverwaltung oder der Wohnsitz des Lizenzgebers als Ort der Erbringung der Dienstleistungen in Betracht. In beiden Fällen wäre das österreichische Gericht für die Sache zuständig. Diese Lösung könnte allerdings im Widerspruch zum Urteil Besix [7] stehen, in dem der Gerichtshof zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens entschieden habe, dass diese Vorschrift nicht anwendbar sei, wenn der Erfüllungsort der Verpflichtung deshalb nicht bestimmt werden könne, weil die Verpflichtung eine geografisch unbegrenzt geltende Unterlassungspflicht sei und damit durch eine Vielzahl von Erfüllungsorten gekennzeichnet sei; in einem solchen Fall müsse die Zuständigkeit nach dem allgemeinen Zuständigkeitskriterium von Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens bestimmt werden [8].

19. Das vorlegende Gericht überlegt in diesem Zusammenhang ferner, ob das auf diese Weise bestimmte zuständige Gericht auch über Entgelte entscheiden könne, die sich auf die Nutzung des Urheberrechts in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat bezögen.

20. Sollte sich aus Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 keine Zuständigkeit ergeben, sei diese gemäß Art. 5 Nr. 1 Buchst. c der Verordnung nach deren Art. 5 Nr. 1 Buchst. a zu bestimmen. In diesem Fall käme es nach dem Urteil De Bloos [9] für die Bestimmung der Zuständigkeit auf den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung an, d. h. der Verpflichtung, die Gegenstand des Verfahrens zwischen den Parteien sei. Der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung würde sich, wie sich aus dem Urteil Tessili [10] ergebe, nach dem Recht bestimmen, das

7 — Urteil vom 19. Februar 2002, Besix (C-256/00, Slg. 2002, I-1699).

8 — Das vorlegende Gericht geht dabei offensichtlich stillschweigend davon aus, dass die Rechtsprechung zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens auch für die Auslegung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 heranzuziehen sei.

9 — Urteil vom 6. Oktober 1976, De Bloos (14/76, Slg. 1976, 1497).

10 — Urteil vom 6. Oktober 1976, Tessili (12/76, Slg. 1976, 1473).

gemäß den Kollisionsnormen auf den Vertrag anwendbar sei. In diesem Fall seien die österreichischen Gerichte nicht zuständig, da die streitige Zahlungspflicht sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Zivilrecht am Wohnsitz der Beklagten, also in Deutschland, zu erfüllen sei, so dass die deutschen Gerichte zuständig seien.

21. Vor diesem Hintergrund hat das vorlegende Gericht mit Beschluss vom 13. November 2007 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof auf der Grundlage der Art. 68 EG und 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt [11]:

1. Ist ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts [12] seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt (Lizenzvertrag), ein Vertrag über die „Erbringung von Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001?

2. Bei Bejahung von Frage 1:

2.1. Wird die Dienstleistung an jedem Ort in einem Mitgliedstaat erbracht, an dem die Nutzung des Rechts nach dem Vertrag gestattet ist und auch tatsächlich erfolgt?

2.2. Oder wird die Dienstleistung am Wohnsitz bzw. am Ort der Hauptverwaltung des Lizenzgebers erbracht?

2.3. Ist das bei Bejahung von Frage 2.1 oder Frage 2.2 zuständige Gericht auch zur Entscheidung über Lizenzentgelte befugt, die sich aus der Nutzung des Rechts in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat ergeben?

3. Bei Verneinung von Frage 1 oder von Frage 2.1 und Frage 2.2: Ist die Zuständigkeit für die Zahlung des Lizenzentgelts nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 weiterhin nach

11 — [Diese Fußnote betrifft nur die slowenische Fassung.]
12 — [Diese Fußnote betrifft nur die slowenische Fassung.]

jenen Grundsätzen zu beurteilen, die sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens ergeben?

vor, auf die erste Frage zu antworten, dass ein Lizenzvertrag als Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 anzusehen ist.

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

22. Der Vorlagebeschluss ist am 29. November 2007 beim Gerichtshof eingegangen. Im schriftlichen Verfahren haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die italienische und die deutsche Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 20. November 2008 haben die Kläger des Ausgangsverfahrens, die deutsche Regierung und die Kommission mündliche Ausführungen gemacht und Fragen des Gerichtshofs beantwortet.

V — Vorbringen der Beteiligten

A — *Erste Vorlagefrage*

23. Die *Kläger des Ausgangsverfahrens* und die *Kommission* schlagen dem Gerichtshof

24. Die Kläger des Ausgangsverfahrens führen zur Stützung ihrer Auffassung aus, dass der Begriff „Dienstleistung" sowohl im Primärrecht als auch im Sekundärrecht der Gemeinschaft, insbesondere in den Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer [13] und in der Richtlinie 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt [14], weit definiert werde. Eine weite Definition dieses Begriffs lasse sich auch in einigen Kommissionsdokumenten finden [15]. Hauptpflicht der Beklagten seien die Reproduktion und der Vertrieb von Videoaufnahmen des Werkes und damit die Erbringung von Dienstleistungen; die Verpflichtung zur Zahlung von Lizenzentgelt sei nur eine Nebenpflicht der Beklagten. Auch die Kläger seien in diesem Zusammenhang zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet, und zwar zur Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte oder Erteilung nichtausschließlicher Nutzungsbewilligungen.

13 — Die Kläger des Ausgangsverfahrens verweisen allgemein auf diese Vorschriften, ohne konkrete Bestimmungen zu nennen.

14 — Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376, S. 36).

15 — Die Kläger des Ausgangsverfahrens nennen die Empfehlung 2005/737/EG der Kommission vom 18. Mai 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden (ABl. L 276, S. 54), und die Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss — Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt (KOM[2004] 261 endg.).

25. Die Kommission trägt vor, dass der Begriff der Dienstleistung autonom ohne Rückgriff auf seine Definition im Recht der Mitgliedstaaten auszulegen sei. Sie verweist dabei auf die weite Definition dieses Begriffs im gemeinschaftlichen Primärrecht; dort sei der Begriff wesentlich weiter gefasst als im Zivilrecht der Mitgliedstaaten, da er beispielsweise auch die Vermietung von Bootsliegeplätzen an Bootseigner aus anderen Mitgliedstaaten [16] oder das Verleasen von Kraftfahrzeugen an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten [17] umfasse. Entsprechend könne auch die Überlassung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum als Dienstleistung qualifiziert werden. Die Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer sollten nicht zur Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 herangezogen werden, da die Verordnung nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Steuersachen nicht erfasse.

26. Die Kommission stützt ihre Auffassung auf eine grammatikalische, historische und teleologische Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001. Der Wortlaut der Verordnung Nr. 44/2001 biete keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Dienstleistungsbegriff gegenüber dem Primärrecht einschränkend auszulegen sei. Im Rahmen der historischen Auslegung erläutert die Kommission, dass Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 anders gefasst worden sei als Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens, damit „Erfüllungsort" im Sinne dieser Vorschrift für den Verkauf beweglicher Sachen und die Erbringung von Dienstleistungen der Ort der Erbringung der vertragscharakteristischen Leistung sei. Dadurch sollten zumindest teilweise die Schwächen der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens gemildert werden, wonach sich die Zuständigkeit nach dem Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung richte, der sich wiederum nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht bestimme. Darüber hinaus vermeide eine weite Auslegung des Dienstleistungsbegriffs Probleme bei der Abgrenzung zwischen den Verträgen, die unter Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 einzuordnen seien, und den Verträgen, die unter Buchst. b dieser Vorschrift fielen.

27. Alle übrigen Beteiligten schlagen dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage zu verneinen und festzustellen, dass ein Lizenzvertrag kein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 ist.

28. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* ist der Ansicht, dass der Begriff des Vertrags über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 so auszulegen sei, dass er alle Verträge erfasse, die die entgeltliche Herbeiführung eines bestimmten faktischen

16 — Urteil Ciola (in Fn. 5 angeführt).
17 — Urteil Cura Anlagen (in Fn. 5 angeführt).

Erfolgs und in Abgrenzung zum Arbeitsvertrag nicht nur die schlichte Verrichtung einer Tätigkeit zum Gegenstand hätten. Lizenzverträge könnten nicht als Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen angesehen werden.

29. Die *deutsche Regierung* geht bei ihrer Beantwortung der ersten Frage von einer grammatikalischen und einer systematischen Auslegung sowie von Sinn und Zweck des Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 aus. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung betont sie, dass der Begriff der Dienstleistung in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 nicht in gleicher Weise auszulegen sei wie im Primärrecht oder in den Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer [18]. Im Primärrecht und in den genannten Richtlinien sei dieser Begriff weit zu definieren, damit — im Fall der Dienstleistungsfreiheit — Tätigkeiten erfasst würden, die nicht unter die anderen Grundfreiheiten fielen, und — im Fall der Mehrwertsteuerrichtlinien — keine wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund einer zu eng gefassten Begrifflichkeit vom Anwendungsbereich dieser Richtlinien ausgeschlossen werde.

30. Im Rahmen der systematischen Auslegung trägt die deutsche Regierung vor, das Vorhandensein von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 zeige eindeutig, dass es auch Verträge gebe, deren Gegenstand weder der Verkauf beweglicher Sachen noch die Erbringung von Dienstleistungen sei, und daher könne Buchst. b dieser Vorschriften nicht so weit ausgelegt werden, dass er alle Verträge mit Ausnahmen von Verträgen über den Verkauf beweglicher Sachen erfasse. Auch aus dem Vorschlag für die Rom-I-Verordnung [19] — in der der Begriff der Dienstleistung in derselben Weise auszulegen sei wie in der Verordnung Nr. 44/2001 — lasse sich entnehmen, dass ein Lizenzvertrag nicht unter den Begriff des Dienstleistungsvertrags falle, da der Vorschlag für die Rom-I-Verordnung eine Sondervorschrift über das Recht enthalte, das für Verträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerbliche Schutzrechte maßgebend sei (Art. 4 Abs. 1 Buchst. f des Vorschlags). Dass diese Vorschrift nicht in die geltende Fassung der Verordnung aufgenommen worden sei, habe politische Gründe gehabt und nicht daran gelegen, dass es möglich wäre, Verträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerbliche Schutzrechte unter den Begriff des Dienstleistungsvertrags zu fassen.

31. Im Zusammenhang mit Sinn und Zweck von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 unterstreicht die deutsche Regierung, dass im Fall des Lizenzvertrags eine Zuständigkeit am Ort der Erbringung der Dienstleistung nicht immer sachgerecht sei, da sich der Lizenzvertrag auf verschieden-

18 — Die deutsche Regierung verweist in diesem Rahmen auf Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2006/112 und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 77/388.

19 — Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (KOM[2005] 650 endg.).

artige Rechte des geistigen Eigentums beziehen könne. Zudem könne die Lizenz für verschiedene Länder oder für die weltweite Nutzung eingeräumt sein. Es sei nicht möglich, den typischen Lizenzvertrag auszumachen, anhand dessen die Zuständigkeit nach der Sachnähe des Gerichtsstands zum Vertragsgegenstand bestimmt werden könne.

32. Nach Ansicht des *Vereinigten Königreichs* würde eine weite Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001, die auch den Lizenzvertrag einbezöge, dazu führen, dass die Buchst. a und c dieser Vorschrift überflüssig wären, was mit Systematik und Zielsetzung der Verordnung unvereinbar wäre. Die Vorschriften dieser Verordnung über die besondere Zuständigkeit sollten gewährleisten, dass für Streitigkeiten das Gericht zuständig sei, das einen engen Bezug zu dem Streit aufweise. Ein wesentliches Ziel der Verordnung sei die Vorhersehbarkeit, die nicht gewährleistet werden könne, wenn Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 auf Lizenzverträge anzuwenden wäre, da nicht feststellbar wäre, an welchem Ort die Dienstleistungen nach dem Vertrag erbracht worden seien.

33. Die *italienische Regierung* trägt vor, dass eine weite Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 dazu führen würde, dass diese Vorschrift nahezu alle Verträge erfasse. Damit würde sie, statt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu sein, zur allgemeinen Regel selbst, was gegen die *ratio* dieser Vorschrift verstieße. Ferner habe der Lizenzgeber keine positiven Verpflichtungen, die es ermöglichen würden, den Vertrag als Vertrag anzusehen, der die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand habe.

B — *Zweite Vorlagefrage*

34. Die *Kläger des Ausgangsverfahrens* vertreten die Auffassung, dass als Ort, an dem die Dienstleistungen nach dem Lizenzvertrag erbracht worden seien, der Wohnsitz oder der Ort der Hauptverwaltung des Lizenzgebers anzusehen sei. Dies stehe zum Urteil Besix [20] nicht im Widerspruch, da es sich im Ausgangsverfahren nicht um eine geografisch unbeschränkte Unterlassungspflicht handle, sondern um eine Lizenzvereinbarung für einen geografisch beschränkten Bereich, nämlich Österreich, Deutschland und die Schweiz. Die Leistung, die der Lizenzgeber nach dem Lizenzvertrag erbringe, bestehe in einer positiven Rechtseinräumung gegenüber dem Lizenznehmer. Gerade im Fall einer Lizenz, die sich auf mehrere Länder beziehe, komme es für die Bestimmung der Zuständigkeit auf den Wohnsitz bzw. die Hauptverwaltung der Vertragspartei an, die zur Erbringung der vertragscharakteristischen Leistung verpflichtet sei.

20 — Urteil Besix (in Fn. 7 angeführt).

35. Zu Frage 2.3 tragen die Kläger vor, dass das Gericht des Ortes, an dem die Dienstleistungen nach dem Vertrag erbracht worden seien, auch zur Entscheidung über Entgelte befugt sei, die sich aus der Nutzung des Rechts in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat ergäben, da der Gerichtsstand des Erfüllungsorts der Verpflichtung zum Ziel habe, die Zuständigkeit bei den Gerichten des Erfüllungsorts zu konzentrieren.

36. Nach Ansicht der *Kommission* ist als Ort, an dem die Dienstleistungen nach dem Lizenzvertrag erbracht worden seien, der Wohnsitz oder der Ort des satzungsmäßigen Sitzes des Lizenzgebers anzusehen. Das Urteil Besix [21] stehe einer Bestimmung der Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Lizenzverträgen nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 nicht entgegen. Zum einen sei der Lizenzgeber nach dem Lizenzvertrag zu mehr als nur einem Unterlassen verpflichtet, da er verpflichtet sei, die Lizenz zu erteilen und die Nutzung des Lizenzgegenstands durch den Lizenznehmer zu dulden. Zum anderen sei der Gerichtsstand im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 unabhängig von der streitigen Zahlungspflicht zu bestimmen. Zu Frage 2.3 meint die Kommission, dass das Gericht des Mitgliedstaats, in dem sich der Wohnsitz oder der satzungsmäßige Sitz des Lizenzgebers befinde, auch zur Entscheidung über Entgelte befugt sei, die sich aus der Nutzung des Rechts in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat ergäben.

21 — Urteil Besix (in Fn. 7 angeführt).

37. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* sowie die *deutsche* und die *italienische Regierung* äußern sich angesichts ihres Antwortvorschlags für die erste Frage nicht zur zweiten Frage.

38. Das *Vereinigte Königreich* nimmt nur zu Frage 2.3 Stellung und erklärt, dass, wenn der Gerichtshof die erste Frage bejahen sollte, das zuständige Gericht auch zur Entscheidung über Entgelte befugt sei, die sich aus der Nutzung des Rechts in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat ergäben. Ein anderer Ansatz berge die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, da unterschiedliche Aspekte derselben Streitigkeit dann von verschiedenen Gerichten entschieden werden könnten.

C — *Dritte Vorlagefrage*

39. Für den Fall, dass der Gerichtshof die erste und die zweite Vorlagefrage verneinen sollte, vertreten die *Kläger des Ausgangsverfahrens* zur dritten Frage die Auffassung, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen sei, dass sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Ort

der Erbringung der vertragscharakteristischen Leistung und nicht nach dem Ort der Erfüllung der streitigen Verpflichtung richte. In diesem Zusammenhang unterstreichen die Kläger, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 autonom auszulegen sei, ohne dass es dabei auf die zivilrechtliche Regelung bestimmter Mitgliedstaaten ankomme. Die Kläger schlagen dem Gerichtshof daher vor, als Ort der Erbringung der charakteristischen Leistung im Rahmen dieser Vorschrift den Wohnsitz oder den Ort der Hauptverwaltung des Lizenzgebers anzusehen.

40. Die *Kommission* äußert sich angesichts ihres Antwortvorschlags für die erste und die zweite Frage nicht zur dritten Frage.

41. Nach Auffassung der *deutschen Regierung* müsste — da die Mitgliedstaaten das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vereinheitlicht hätten — die bisherige Rechtsprechung zu Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 geändert werden. Nach dieser Rechtsprechung sei der Erfüllungsort der jeweils geltend gemachten Verpflichtung nach dem auf den Vertrag oder die streitgegenständliche Vertragspflicht anwendbaren Recht *(lex causae)* zu bestimmen; das auf das Vertragsverhältnis anwendbare Recht wiederum werde von dem mit der Streitigkeit befassten nationalen Gericht nach den Kollisionsnormen seiner Rechtsordnung ermittelt. Die deutsche Regierung schlägt vor, diese Rechtsprechung dahin zu ändern, dass der Erfüllungsort der jeweiligen Verpflichtung im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 autonom bestimmt werde und der Erfüllungsort der jeweils streitigen Verpflichtung sei.

42. Die *italienische Regierung* ist der Ansicht, dass wegen des Erfordernisses der Kontinuität der Auslegung im Verhältnis zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und der Verordnung Nr. 44/2001, das der Gerichtshof in Bezug auf Art. 5 Nr. 3 in den Urteilen Henkel [22] und Gantner [23] bestätigt habe, Art. 5 Nr. 1 Buchst. a dieser Verordnung genauso ausgelegt werden müsse wie Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens.

43. Das *Vereinigte Königreich* trägt zur dritten Frage drei Argumente vor. Erstens sei die Problematik der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 identisch mit derjenigen der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens. Zweitens gehe aus der Begründung des Vorschlags für die Verordnung Nr. 44/2001 hervor, dass die Rechtsprechung zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens auch für Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 gelten solle [24]. Drittens würde eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 die Rechtssicherheit am besten gewährleisten, da die Rechtsprechung zur Auslegung der Wendung „Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre“ in Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens bereits ständigen Charakter habe.

22 — Urteil vom 1. Oktober 2002, Henkel (C-167/00, Slg. 2002, I-8111).

23 — Urteil vom 8. Mai 2003, Gantner (C-111/01, Slg. 2003, I-4207).

24 — Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (KOM[1999] 348 endg.), S. 15.

VI — Würdigung durch die Generalanwältin

A — *Einleitung*

44. Die Verordnung Nr. 44/2001 ermöglicht es durch Vorschriften über die besondere Zuständigkeit für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, von dem allgemeinen Grundsatz abzuweichen, dass sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Beklagten richtet — *actor sequitur forum rei* [25] –, der in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung festgeschrieben ist. In Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, ist ein Abweichen von diesem allgemeinen Grundsatz und eine Bestimmung der Zuständigkeit nach besonderen Vorschriften dadurch gerechtfertigt, dass der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten durch alternative Gerichtsstände ergänzt werden muss, die aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit zuzulassen sind [26]. Darüber hinaus ist eine besondere Zuständigkeit für Verträge und Ansprüche aus Verträgen notwendig, weil dadurch so weit wie möglich das Gleichgewicht zwischen den Interessen des Klägers und denen des Beklagten gewahrt wird, das nicht gewährleistet werden könnte, wenn es nur den genannten allgemeinen Grundsatz gäbe [27]. Der Kläger hat also die Möglichkeit, in Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, zwischen einer Klage beim Gericht des Wohnsitzes des Beklagten oder bei dem Gericht zu wählen, das nach den Vorschriften über die besondere Zuständigkeit für Vertragsverhältnisse zuständig ist [28].

45. Die Vorlagefragen in der vorliegenden Rechtssache betreffen die Auslegung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001. Diese Vorschrift, die Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens geändert und neu gefasst hat, enthält Regeln über die besondere Zuständigkeit für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben. Der Gerichtshof wird somit erstmals seit Inkrafttreten dieser Verordnung am 1. März 2002 diejenige Vorschrift auslegen, bezüglich deren die Verhandlungen im Verfahren zum Erlass der Verordnung am schwierigsten und längsten waren [29]. Zugleich ist dies aber eine Vorschrift, für die man in Zukunft zahlreiche Streitigkeiten über die

25 — Zum allgemeinen Grundsatz des *actor sequitur forum rei* sei ergänzt, dass die Bestimmung der Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Beklagten dessen Rechte schützen soll, da seine Verteidigung im Verfahren schwieriger wäre, wenn er vor einem Gericht in einem anderen Staat als dem seines Wohnsitzes verklagt würde. Vgl. u. a. Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer vom 14. März 2006 in der Rechtssache Reisch Montage, C-103/05 (Slg. 2006, I-6827, Nr. 21). Vgl. ferner entsprechend zum Brüsseler Übereinkommen Jenard, P., „Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen" (ABl. 1979, C 59, S. 1, 18).

26 — Vgl. zwölften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001.

27 — So Mankowski, P., in: Magnus, U., Mankowski, P. (Hrsg.), *Brussels I Regulation,* Sellier. European Law Publishers, München 2007, S. 90, Randnr. 1.

28 — Zum Wahlrecht des Klägers vgl. Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), Randnr. 1.

29 — Genauer zu den Verhandlungen und den erörterten Möglichkeiten für die Formulierung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 Beaumont, P. R., „The Brussels Convention Becomes a Regulation: Implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction", in: Fawcett, J. (Hrsg.), *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, New York 2002, S. 15 ff.; Kohler, C., „Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens", in: Gottwald, P. (Hrsg.), *Revision des EuGVÜ — Neues Schiedsverfahrensrecht*, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2000, S. 12 ff.

Zuständigkeit zwischen den Vertragsparteien erwarten kann [30].

B — *Erste Vorlagefrage*

46. Die erste Vorlagefrage ist so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht mit ihr wissen möchte, ob Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt (Lizenzvertrag) [31], ein Vertrag ist, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift ist. Die Frage des vorlegenden Gerichts geht also dahin, ob der Lizenzvertrag unter den Begriff des Vertrags über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 subsumiert werden kann.

30 — Rogerson, P., „Plus ça change? Article 5(1) of the Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments", *Cambridge Yearbook of European legal studies*, 2000, S. 383, erklärt zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens, dass dieser eine der am häufigsten angewandten Bestimmungen des Übereinkommens sei, auf die sich auch die Streitparteien am häufigsten beriefen. Es ist zu erwarten, dass Gleiches auch für Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 gelten wird.

31 — Wie ich bereits in Nr. 4 erläutert habe, bezeichnet das vorlegende Gericht diesen Vertrag als „Lizenzvertrag".

47. Im Rahmen der Beantwortung dieser Frage werde ich zunächst kurz die Merkmale des Lizenzvertrags darstellen; danach werde ich bei der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 die Bestandteile der Definition des Begriffs der „Dienstleistung" in dieser Vorschrift darlegen und zugleich die Frage erörtern, ob der Lizenzvertrag als Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift behandelt werden kann.

1. Merkmale des Lizenzvertrags

48. In der vorliegenden Rechtssache ist von der Definition des Lizenzvertrags auszugehen, die das vorlegende Gericht vorgenommen hat, das diesen Vertrag als Vertrag definiert hat, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt. Da die Urteile des Gerichtshofs alle nationalen Gerichte binden und *erga omnes* wirken [32], sind außerdem die Definitionen des Lizenzvertrags

32 — Vgl. Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Bray, R., *Procedural Law of the European Union*, 2. Auflage, Sweet & Maxwell, London 2006, S. 194 f., Randnrn. 6-030 und 6-031; Van Raepenbusch, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4. Auflage, Larcier, Brüssel 2005, S. 578.

in den übrigen Mitgliedstaaten und in etwaigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen.

49. Der Lizenzvertrag ist im Recht der Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt; einige Mitgliedstaaten behandeln ihn als besonderen Nominatvertrag und definieren ihn auch ausdrücklich (z. B. Tschechien [33] und Slowenien [34]), andere Mitgliedstaaten regeln in besonderen Vorschriften über die Rechte des geistigen Eigentums nur die Möglichkeit des Abschlusses eines Lizenzvertrags, ohne diesen eigens zu definieren (z. B. Österreich [35],

33 — Im tschechischen Recht ist der Lizenzvertrag über die Einräumung von Rechten an gewerblichem Eigentum in den Art. 508 bis 515 des Obchodní zákoník (Handelsgesetzbuch) geregelt. Nach Art. 508 dieses Gesetzes räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer auf der Grundlage des Vertrags das Recht ein, einen Gegenstand des gewerblichen Eigentums im vertraglich geregelten Umfang und Gebiet zu nutzen, während sich der Lizenznehmer verpflichtet, ihm im Gegenzug ein bestimmtes Entgelt zu zahlen oder sonstige materielle Vorteile zu leisten. Der Lizenzvertrag über die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk ist im tschechischen Recht in den Art. 46 bis 57 des Zákon o dílech literárních, vedeckých a umelechkých (autorský zákon) (Gesetz über Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst [Urheberrechtsgesetz]) geregelt. Nach Art. 46 Abs. 1 dieses Gesetzes kann der Urheber dem Lizenznehmer auf der Grundlage des Lizenzvertrags das Recht auf Nutzung des Werkes einräumen, während der Lizenznehmer ihm dafür ein Entgelt zahlen muss, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist.

34 — Im slowenischen Recht ist der Lizenzvertrag in den Art. 704 bis 728 des Obligacijski zakonik (Obligationengesetzbuch) geregelt. Nach Art. 704 dieses Gesetzbuchs verpflichtet sich der Lizenzgeber durch den Lizenzvertrag, dem Lizenznehmer vollständig oder teilweise das Recht auf Nutzung einer patentgeschützten Erfindung, technischer Kenntnisse und Erfahrungen, einer Marke, eines Musters oder eines Modells einzuräumen, während der Lizenznehmer sich verpflichtet, ihm dafür ein bestimmtes Entgelt zu zahlen. Das Urheberrecht (Zakon o avtorski in sorodnih pravicah [Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte]) regelt den Lizenzvertrag nicht besonders; dieser wird nur im Zusammenhang mit Computerprogrammen in Art. 133 Abs. 2 des Gesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte erwähnt, während die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk durch andere Verträge geregelt wird.

35 — So sieht § 35 des österreichischen Patentgesetzes vor, dass der Patentinhaber berechtigt ist, die Benützung der Erfindung anderen Benützungsberechtigten zu überlassen. Nach § 14 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes kann die Marke für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein. Im österreichischen Schrifttum vgl. Kucsko, G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht*, Manz, Wien 2003, S. 469 (Markenlizenz), S. 929 (Patentlizenz). Das österreichische Urheberrechtsgesetz regelt Lizenzverträge über die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk nicht ausdrücklich, in der Praxis hat sich dieser Vertrag aber durchgesetzt. Der Ausdruck „Lizenzvertrag" wird im Zusammenhang mit der Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk beispielsweise in der österreichischen Rechtsprechung verwendet; vgl. insoweit z. B. Urteile des Obersten Gerichtshofs: OGH 10.12.1985, 4 Ob 381/84; OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t; OGH 29.4.2003, 4 Ob 57/03s. Zur Einräumung eines Nutzungsrechts an Software durch einen Lizenzvertrag vgl. im Schrifttum z. B. Holzinger, E., „Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software. Versuch einer systematischen Einordnung", *EDV & Recht*, Nr. 4/1987, S. 10.

Frankreich [36], Irland [37] und Deutschland [38]). Hierbei sei darauf hingewiesen, dass das Recht der Mitgliedstaaten den Lizenzvertrag — sei es als Nominatvertrag, sei es als Innominatvertrag — meistens nur im Zusammenhang mit den Rechten des gewerblichen Eigentums regelt, seltener jedoch auch im Zusammenhang mit dem Urheberrecht [39]; in einigen Mitgliedstaaten regeln andere urheberrechtliche Verträge die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk [40].

50. Die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über den Schutz des geistigen Eigentums sehen zwar die Möglichkeit einer Lizenzerteilung vor, enthalten aber keine Bestimmungen über den Abschluss von Lizenzverträgen und deren Merkmale [41]. Auch völkerrechtliche Verträge im Bereich des geistigen Eigentums erwähnen den Lizenzvertrag oder die Möglichkeit der Erteilung einer Lizenz an Rechten des geistigen Eigentums, überlassen aber die Regelung des Lizenzvertrags selbst dem nationalen Recht der Vertragstaaten; insoweit seien etwa das TRIPS-Übereinkommen [42] und das Europäische Patentübereinkommen [43] genannt.

36 — Im französischen Recht bestimmt z. B. Art. L 613-8 Abs. 2 des Code de la propriété intellectuelle (Gesetz über geistiges Eigentum), dass Rechte aus einem Patent Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein können. Im französischen Schrifttum vgl. beispielsweise Marcellin, Y., *Le Droit Français de la Propriété Intellectuelle*, Cedat, Paris 1999, S. 433 ff. der zur Erteilung von Patentlizenzen ausführt, dass die Lizenz durch einen Vertrag erteilt werde, kraft dessen der Erfinder (Lizenzgeber) dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht einräume, selbst aber Patentinhaber bleibe. Der Autor (S. 436) führt fort, dass der Lizenznehmer zur Zahlung eines Entgelts und zur Nutzung des Lizenzgegenstands verpflichtet sei. Das französische Recht regelt die Erteilung von Lizenzen im Zusammenhang mit Urheberrechten nicht gesondert, die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk wird vielmehr durch andere urheberrechtliche Verträge geregelt; vgl. hierzu Marcellin, a. a. O., S. 68 ff.

37 — Der irische Copyright and Related Rights Act, 2000 (Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte) z. B. lässt in Section 120 Abs. 1 die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk zu. Im irischen Schrifttum vgl. zu Lizenzverträgen über Urheberrechte Clark, R., *Irish Copyright and Design Law*, Butterworths, Dublin 2003, S. C/110 ff.

38 — § 15 Abs. 2 des deutschen Patentgesetzes regelt den Lizenzvertrag über ein Patent; er erlaubt die Erteilung einer Patentlizenz durch Vertrag und bestimmt u. a., dass das Patent Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein kann. Nach § 30 des Markengesetzes kann die Marke Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen sein. Nach Stumpf, H., Groß, M., *Der Lizenzvertrag*, 8. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2008, S. 41, Randnr. 16, können Lizenzen auch für Kenntnisse und Erfahrungen (Know-how) erteilt werden. Im deutschen Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte ist vom Lizenzvertrag nicht ausdrücklich die Rede, § 31 regelt vielmehr die Einräumung von Nutzungsrechten. Ungeachtet dessen findet man im deutschen Schrifttum auch im Bereich des Urheberrechts beispielsweise den Begriff „Lizenz", vgl. z. B. Schack, H., *Urheber und Urhebervertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 245, Randnrn. 539 und 540.

39 — So ist der Lizenzvertrag über Urheberrechte im tschechischen Recht (Fn. 33) und im irischen Recht (Fn. 37) geregelt.

40 — Vgl. z. B. das slowenische Recht (Fn. 34) und das französische Recht (Fn. 36).

41 — So bestimmt im Bereich des Urheberrechts der 30. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10), dass die von dieser Richtlinie erfassten Rechte unbeschadet der einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte übertragen oder abgetreten werden oder Gegenstand vertraglicher Lizenzen sein können. Auf dem Gebiet des Markenrechts bestimmt Art. 22 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1), dass die Gemeinschaftsmarke für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, und für das gesamte Gebiet oder einen Teil der Gemeinschaft Gegenstand von Lizenzen sein kann. Auch die Verordnung über das Gemeinschaftspatent wird in Zukunft Vorschriften über vertragliche Lizenzen enthalten; so ist in Art. 19 des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent (KOM[2000] 412 endg.) vorgesehen, dass das Gemeinschaftspatent ganz oder teilweise Gegenstand von Lizenzen für die gesamte oder einen Teil der Gemeinschaft sein kann und dass eine Lizenz ausschließlich oder nicht ausschließlich sein kann.

42 — Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums). Nach Art. 21 des TRIPS-Übereinkommens können die Mitglieder die Bedingungen für die Lizenzierung von Marken festlegen; Art. 28 Abs. 2 sieht u. a. vor, dass der Patentinhaber das Recht haben muss, Lizenzverträge abzuschließen. Der Wortlaut des TRIPS-Übereinkommens ist im Internet unter http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf abrufbar.

43 — Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (Europäisches Patentübereinkommen) vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Akte zur Revision von Artikel 63 des Europäischen Patentübereinkommens vom 17. Dezember 1991 und der Beschlüsse des Verwaltungsrats der Europäischen Patentorganisation vom 21. Dezember 1978, vom 13. Dezember 1994, vom 20. Oktober 1995, vom 5. Dezember 1996, vom 10. Dezember 1998 und vom 27. Oktober 2005 sowie mit den vorläufig anwendbaren Bestimmungen der Akte zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens vom 29. November 2000. Art. 73 des Europäischen Patentübereinkommens regelt die vertragliche Erteilung von Patentlizenzen und bestimmt, dass eine europäische Patentanmeldung für alle oder einen Teil der Hoheitsgebiete der Vertragsstaaten des Übereinkommens Gegenstand von Lizenzen sein kann. Der Wortlaut des Europäischen Patentübereinkommens ist im Internet unter http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/e/ma1.html abrufbar.

51. Den genannten Rechtstexten und Werken des Schrifttums lässt sich entnehmen, dass der Lizenzvertrag ein synallagmatischer Vertrag ist, dessen Wesen darin besteht, dass der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Recht zur Nutzung bestimmter Rechte des geistigen Eigentums einräumt und der Lizenznehmer dem Lizenzgeber dafür ein Lizenzentgelt zahlt. Durch die Erteilung der Lizenz gestattet der Lizenzgeber dem Lizenznehmer die Vornahme von Handlungen, die ohne Lizenzerteilung eine Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums darstellen würden [44]. Die Lizenz kann in verschiedener Weise eingeschränkt sein; sie kann ausschließlich oder nicht ausschließlich sein, räumlich, zeitlich oder nach der Art ihrer Nutzung begrenzt sein [45].

52. Zur Rechtsnatur des Lizenzvertrags vertritt das Schrifttum in den verschiedenen Mitgliedstaaten die Auffassung, dass es sich um einen eigenständigen Vertrag [46] handele, der von anderen Verträgen zu unterscheiden sei [47]; ein Teil des Schrifttums bezeichnet ihn als Vertrag *sui generis* [48]. Für die vorliegende Rechtssache ist vor allem der Unterschied zwischen dem Lizenzvertrag und dem Miet- oder Pachtvertrag von Bedeutung. Zu den Unterschieden zwischen dem Lizenzvertrag und dem Miet- oder Pachtvertrag werde ich mich weiter unten näher äußern, wenn ich die Frage erörtere, ob der Lizenzvertrag ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen sein kann [49].

2. Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001

53. Nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 ist Erfüllungsort der Verpflichtung für die Erbringung von Dienstleistungen

44 — Vgl. im Schrifttum z. B. Tritton, G., u. a., *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, London 2008, S. 677, Randnr. 7-047; Bently, L., Sherman, B., *Intellectual Property Law*, 2. Auflage, Oxford University Press, New York 2004, S. 254, 950.

45 — Vgl. Bently, L., Sherman, B., a. a. O. (Fn. 44), S. 950. Zu den verschiedenen Beschränkungen der Lizenz vgl. im französischen Schrifttum Marcellin, Y., a. a. O. (Fn. 36), S. 434 ff.

46 — Im österreichischen Schrifttum vgl. Kucsko, G., a. a. O. (Fn. 35), S. 929. Im deutschen Schrifttum vgl. Busse, R. (Hrsg.), *Patentgesetz. Unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens, des Gemeinschaftspatentübereinkommens und des Patentzusammenarbeitsvertrags. Kommentar*, De Gruyter, Berlin, New York, S. 297, Randnr. 53; Stumpf, H., Groβ, M., a. a. O. (Fn. 38), S. 42 f., Randnr. 19. Im slowenischen Schrifttum vgl. Podobnik, K., in: Juhart, M., Plavšak, N. (Hrsg.), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2004, Kommentar zu Art. 704, S. 62.

47 — Im österreichischen Schrifttum unterstreicht Kucsko, G., a. a. O. (Fn. 46), S. 930, dass der Lizenzvertrag vom Vertrag über Kenntnisse und Erfahrungen (Know-how) und vom Franchisevertrag zu unterscheiden sei. Im deutschen Schrifttum weisen Stumpf, H., Groβ, M., a. a. O. (Fn. 38), S. 43 bis 45, Randnrn. 20 bis 24, darauf hin, dass der Lizenzvertrag von Kauf-, Gesellschafts- und Miet- oder Pachtverträgen zu unterscheiden sei. Im slowenischen Schrifttum vgl. Podobnik, K., a. a. O. (Fn. 46), Kommentar zu Art. 704, S. 62.

48 — Vgl. z. B. im deutschen Schrifttum Schulte, R., *Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, S. 219, Randnr. 16; im österreichischen Schrifttum vgl. Kucsko, G., a. a. O. (Fn. 46), S. 929; in der österreichischen Rechtsprechung vgl. z. B. Urteil des Obersten Gerichtshofs OGH 15.10.2002, 4Ob 209/02t.

49 — Vgl. Nr. 66 dieser Schlussanträge.

der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Diese Vorschrift definiert den Begriff „Dienstleistung" also nicht, und auch der Gerichtshof hat diesen Begriff im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 bisher nicht gedeutet.

54. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Dienstleistung im Rahmen der Verordnung Nr. 44/2001 autonom auszulegen ist, ohne dass die Definition dieses Begriffs im Recht der Mitgliedstaaten berücksichtigt wird; dabei ist von der Systematik und der Zielsetzung der Verordnung auszugehen, um deren einheitliche Anwendung in allen [50] Mitgliedstaaten sicherzustellen [51]. Darüber hinaus sei bemerkt, dass ich zwar grundsätzlich wie die Beteiligten in der vorliegenden Rechtssache eine weite Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 für erforderlich halte [52], dass aber bei der Definition dieses Begriffs darauf zu achten ist, dass diese der Systematik und der Zielsetzung der Verordnung Nr. 44/2001 entsprechen muss.

55. Bei der Verordnung Nr. 44/2001 ist generell von der Kontinuität im Verhältnis zum Brüsseler Übereinkommen auszugehen. In Art. 5 Nr. 1 dieses Übereinkommens war die Zuständigkeit für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen nicht gesondert geregelt, so dass die Auslegung dieser Vorschrift nicht als Ausgangspunkt für die Auslegung des Dienstleistungsbegriffs im Rahmen der Verordnung Nr. 44/2001 dienen kann. Das Brüsseler Übereinkommen enthielt jedoch den Begriff des Vertrags, der die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand hat, in Art. 13 Abs. 1 Nr. 3, der für die

50 — Wie aus dem 21. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 hervorgeht, hat sich Dänemark gemäß den Art. 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks nicht an der Annahme dieser Verordnung beteiligt, die daher für Dänemark nicht bindend und ihm gegenüber nicht anwendbar ist. Nach dem 22. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 44/2001 ist im Verhältnis zwischen Dänemark und den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten weiterhin das Brüsseler Übereinkommen anzuwenden.

51 — Der Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen, die wegen des Grundsatzes der Kontinuität auch im Rahmen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 zu berücksichtigen ist, kann das Erfordernis der autonomen Auslegung der Begriffe dieser Verordnung Nr. 44/2001 entnommen werden. Vgl. u. a. Urteile vom 21. Juni 1978, Bertrand (150/77, Slg. 1978, 1431, Randnrn. 14 bis 16), vom 19. Januar 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Slg. 1993, I-139, Randnr. 13), vom 3. Juli 1997, Benincasa (C-269/95, Slg. 1997, I-3767, Randnr. 12), vom 11. Juli 2002, Gabriel (C-96/00, Slg. 2002, I-6367, Randnr. 37), und vom 20. Januar 2005, Engler (C-27/02, Slg. 2005, I-481, Randnr. 33). Vgl. ferner meine Schlussanträge vom 11. September 2008 in der Rechtssache Ilsinger (C-180/06, Verfahren anhängig, Nr. 54). Im Schrifttum vgl. zur autonomen Auslegung der Begriffe der Verordnung Nr. 44/2001 z. B. Geimer, R., in: Geimer, R., Schütze, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, Beck, München 2004, S. 176, der betont, dass der Begriff der Dienstleistung im Gemeinschaftsrecht einheitlich auszulegen sei, losgelöst von der *lex causae*, d. h. von dem auf den Vertrag anwendbaren Recht. Vgl. auch Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3. Auflage, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2002, S. 148.

52 — Eine weite Auslegung des Begriffs der Dienstleistung befürwortet auch das Schrifttum. Vgl. z. B. Micklitz, H.-W., Rott, P., „Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 11/2001, S. 328; Geimer, R., a. a. O. (Fn. 51), S. 176; Rauscher, T. (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozeßrecht*. Kommentar, 2. Auflage, Sellier. European Law Publishers, München 2006, S. 179, Randnr. 49; Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 131, Randnr. 90; Gaudemet-Tallon, H., a. a. O. (Fn. 51), S. 148.

Bestimmung der Zuständigkeit für Verbraucherverträge über die Erbringung von Dienstleistungen maßgeblich war [53], und die Auslegung dieser Vorschrift könnte auch als Grundlage für die Auslegung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 dienen [54]. Der Gerichtshof hat aber auch im Rahmen der Auslegung dieser Vorschrift des Brüsseler Übereinkommens den Begriff der Dienstleistung nicht ausdrücklich definiert [55].

56. Da der Gerichtshof diesen Begriff bisher noch nicht ausgelegt hat, muss dessen Auslegung zum einen die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs „Dienstleistung" und zum anderen eine Analogie zu anderen Rechtsquellen zum Ausgangspunkt haben.

53 — Im Einzelnen sah Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens vor, dass sich für Klagen aus einem Vertrag, den ein Verbraucher abgeschlossen hat, die Zuständigkeit nach dem Abschnitt bestimmt, der die Zuständigkeit für Verbraucherverträge regelt, und zwar „für andere Verträge, wenn sie die Erbringung einer *Dienstleistung* oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, sofern a) dem Vertragsabschluss in dem Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und b) der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat". Hervorhebung nur hier.

54 — Nach Ansicht von Rauscher, T. (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 52), S. 179, Randnr. 49, ist die Auslegung des Dienstleistungsbegriffs im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens auch bei der Auslegung dieses Begriffs im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 zu berücksichtigen.

55 — Bei der Auslegung dieses Begriffs hat der Gerichtshof z. B. in den Urteilen vom 11. Juli 2002, Gabriel (in Fn. 51 angeführt, Randnrn. 38 bis 40 und 47 bis 51), und vom 20. Januar, 2005, Engler (in Fn. 51 angeführt, Randnr. 34), die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens aufgestellt; allerdings ging es in diesen Rechtssachen nicht um die Erbringung von Dienstleistungen, sondern um den Kauf beweglicher Sachen.

a) Abstrakte Definition des Begriffs „Dienstleistung" im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001

57. Meines Erachtens sind für die Definition des Begriffs „Dienstleistung" zwei Aspekte von entscheidender Bedeutung. Erstens verlangt die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs „Dienstleistung", dass derjenige, der die Dienstleistung erbringt, eine bestimmte Tätigkeit ausführt; die Erbringung von Dienstleistungen setzt also eine Tätigkeit oder Aktivität seitens desjenigen voraus, der die Dienstleistung erbringt [56]. Zweitens sind, wie wir in Analogie zur Definition dieses Begriffs im Primärrecht sehen werden [57], Dienstleistungen grundsätzlich gegen Entgelt zu erbringen. Jedenfalls ist zu berücksichtigen, dass durch die abstrakte Definition dieses Begriffs nur dessen Rahmen bestimmt wird; in jeder einzelnen Rechtssache wird individuell, auf den jeweiligen Fall bezogen, die Frage beantwortet werden müssen, ob die jeweilige Tätigkeit unter den Begriff „Dienstleistung" fällt.

56 — So Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 131, Randnr. 90; Cavalier, G., „Un contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente ni une fourniture de services au sens de l'article 5, paragraphe 1, b) du règlement «Bruxelles I»", *Revue Lamy Droit des Affaires*, Nr. 19/2007, S. 71. In diesem Zusammenhang können analog auch aus der Auslegung von Art. 5 des am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Übereinkommen von Rom) (ABl. 1980, L 266, S. 1) Erkenntnisse gewonnen werden; im Rahmen dieser Auslegung erläutern Czernich, D., Heiss, H., Nemeth, K., *EVÜ — Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Kommentar*, Orac, Wien 1999, dass die deutschen Gerichte unter „Dienstleistungen" im Sinne dieses Artikels „tätigkeitsbezogene Leistungen" verstehen.

57 — Vgl. Nr. 61 dieser Schlussanträge.

58. Unter Zugrundelegung der in der vorstehenden Nummer dargestellten abstrakten Definition des Begriffs „Dienstleistung“ kann meines Erachtens festgestellt werden, dass es nicht möglich ist, den Lizenzvertrag als Vertrag anzusehen, der die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 zum Gegenstand hat. Auch wenn die Erteilung der Lizenz gegen Entgelt erfolgt, führt nämlich der Lizenzgeber mit der Lizenzerteilung keine aktive Tätigkeit aus. Er erlaubt dem Lizenznehmer die Nutzung des Immaterialgüterrechts, das Gegenstand der Lizenz ist; als Aktivität wird vom Lizenzgeber verlangt, dass er den Lizenzvertrag unterzeichnet und den Gegenstand der Lizenz tatsächlich zur Nutzung überlässt, was meiner Ansicht nach nicht als „Dienstleistung“ bezeichnet werden kann. Die Lizenzerteilung kann daher nicht als Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 angesehen werden.

59. Über die abstrakte Definition hinaus ist für eine genauere Definition des Begriffs „Dienstleistung“ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 analog auch die Definition dieses Begriffs in dem die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Primärrecht und die Wechselwirkung mit der Auslegung der im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen erlassenen Vorschriften zu berücksichtigen, zugleich aber auch zu erläutern, weshalb keine Analogie zur Definition dieses Begriffs in den Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer hergestellt werden kann.

b) Teilweise Analogie zur Definition des Dienstleistungsbegriffs im Primärrecht

60. Für eine genauere Definition des Begriffs „Dienstleistung“ in der Verordnung Nr. 44/2001 kann eine Analogie zur Definition dieses Begriffs in dem die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Primärrecht zum Ausgangspunkt genommen werden, auch wenn letztere Begriffsbestimmung meines Erachtens nicht uneingeschränkt auf die Verordnung Nr. 44/2001 übertragbar ist [58]. Bei der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 müssen nämlich immer Systematik und Zweck der Verordnung im Vordergrund stehen, die nach ihrem Inhalt eine Regelung des internationalen Privatrechts ist.

61. „Dienstleistungen“ im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs sind nach Art. 50 Abs. 1 EG Leistungen, die „in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie

58 — Vgl. in diesem Sinne Rauscher, T. (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 51), Randnr. 49; Czernich, D. in: Czernich, D., Kodek, G. E., Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar*, 2. Auflage, LexisNexis ARD ORAC, Wien 2003, S. 74 f., Randnr. 39. Nach Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 130, Randnr. 89, ist der Begriff der Dienstleistung wie im Kontext der Dienstleistungsfreiheit auszulegen, sofern die Systematik der Verordnung Nr. 44/2001 nichts anderes verlange.

nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen". Art. 50 Abs. 2 EG nennt nur einige allgemeine Beispiele für Dienstleistungen (gewerbliche Tätigkeiten, kaufmännische Tätigkeiten, handwerkliche Tätigkeiten, freiberufliche Tätigkeiten). Der Gerichtshof hat diesen Begriff in der Rechtsprechung jedoch sehr weit ausgelegt [59]. Wie die Beteiligten in ihren Erklärungen ausführen, hat der Gerichtshof im Urteil Ciola auch die Vermietung von Bootsliegeplätzen an Bootseigner aus anderen Mitgliedstaaten unter den Begriff der Dienstleistung gefasst [60] und im Urteil Cura Anlagen das Verleasen von Kraftfahrzeugen an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten [61].

62. Meines Erachtens kann diese weite Definition des Begriffs „Dienstleistung" im Primärrecht in der vorliegenden Rechtssache aus mehreren Gründen nicht uneingeschränkt auf den Begriff der Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 übertragen werden.

63. Erstens wird, wie die deutsche Regierung zutreffend bemerkt, der Begriff „Dienstleistung" im Primärrecht so weit definiert, damit im Rahmen des Bestrebens nach Errichtung des Binnenmarkts möglichst viele Tätigkeiten von diesem Begriff erfasst werden [62]. Dieser Grund für eine weite Auslegung kann jedoch bei der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 keine Rolle spielen, da diejenigen Verträge, die nicht als Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen angesehen werden, bereits stets als Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b erster Gedankenstrich oder als Verträge, für die sich die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a bestimmt, betrachtet werden können. Die Verordnung Nr. 44/2001 als Ganze bezweckt zwar — wie aus ihrem zweiten Erwägungsgrund hervorgeht –, durch Vereinheitlichung der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten; dieses Ziel wird aber durch eine weitere Auslegung des Begriffs „Dienstleistung" in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung nicht effektiver erreicht.

64. Zweitens kann der Begriff „Dienstleistung" in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 anders als im Primärrecht nicht die Miete unbeweglicher Sachen umfassen, da

59 — Unter diesen Begriff fallen z. B. medizinische Leistungen (Urteile vom 12. Juli 2001, Smits, C-157/99, Slg. 2001, I-5473, und vom 4. Oktober 1991, Grogan, C-159/90, Slg. 1991, I-4685), Finanzleistungen (Urteil vom 10. Mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Slg. 1995, I-1141), Versicherungsleistungen (Urteil vom 28. April 1998, Safir, C-118/96, Slg. 1998, I-1897), sportliche Aktivitäten (Urteil vom 11. April 2000, Deliège und Pacquée, C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549), Glücksspiele (Urteile vom 24. März 1994, Schindler, C-275/92, Slg. 1994, I-1039, vom 6. November 2003, Gambelli, C-243/01, Slg. 2003, I-13031, und vom 6. März 2007, Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891), die Übertragung von Fernsehsignalen (Urteil vom 30. April 1974, Sacchi, 155/73, Slg. 1974, 409), Werbung (Urteil vom 9. Juli 1997, De Agostini u. a., C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843) sowie weitere Leistungen.

60 — Urteil Ciola (in Fn. 5 angeführt).

61 — Urteil Cura Anlagen (in Fn. 5 angeführt).

62 — Im Schrifttum vgl. z. B. Czernich, D., a. a. O. (Fn. 58), S. 74 f., Randnr. 39.

für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer solchen Miete nach Art. 22 Nr. 1 der Verordnung ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, sofern es sich nicht um die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinanderfolgende Monate handelt, für die auch die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat [63]. Im Fall der Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen kann die Zuständigkeit somit nie nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt werden. Die Beteiligten verweisen in ihren Erklärungen auf das Urteil Ciola [64], in dem der Gerichtshof die Vermietung von Bootsliegeplätzen als Dienstleistung angesehen hat. Die Vermietung von Bootsliegeplätzen kann als Vermietung unbeweglicher Sachen betrachtet werden; daher ist es nicht möglich, eine Analogie zwischen der vorliegenden Rechtssache und der Rechtssache Ciola herzustellen.

65. Zur Analogie zwischen den Definitionen des Begriffs „Dienstleistung“ im Primärrecht und in der Verordnung Nr. 44/2001 ist noch darauf hinzuweisen, dass die Beteiligten außerdem das Urteil Cura Anlagen [65] anführen, in dem der Gerichtshof das Verleasen von Kraftfahrzeugen an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten als „Dienstleistung“ im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit angesehen hat und es also um die Vermietung beweglicher Sachen ging. Hierzu sei bemerkt, dass die Vorlagefrage nicht dahin geht, ob die Vermietung beweglicher Sachen eine „Dienstleistung“ im Sinne der Verordnung Nr. 44/2001 sein kann. Selbst wenn man jedoch annähme, dass die Vermietung beweglicher Sachen als „Dienstleistung“ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 angesehen werden kann, würde dies nicht bereits automatisch bedeuten, dass auch die Erteilung einer Lizenz in diesen Begriff einzubeziehen ist. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass zwischen dem betreffenden Mietvertrag und dem Lizenzvertrag erhebliche zivilrechtliche Unterschiede bestehen, aufgrund deren der Lizenzvertrag nicht ganz genauso wie ein Miet- oder Pachtvertrag behandelt werden kann.

66. Unter einem zivilrechtlichen Blickwinkel ist der Lizenzvertrag ein eigenständiger Ver-

63 — Nach Art. 22 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 sind „für Klagen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaats [zuständig], in dem die unbewegliche Sache belegen ist“, während „für Klagen betreffend die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinander folgende Monate auch die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig [sind], in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, sofern es sich bei dem Mieter oder Pächter um eine natürliche Person handelt und der Eigentümer sowie der Mieter oder Pächter ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat haben“.

64 — Urteil Ciola (in Fn. 5 angeführt).

65 — Urteil Cura Anlagen (in Fn. 5 angeführt).

trag und nicht lediglich eine Unterart des Miet- oder Pachtvertrags [66]. Die genannten Vertragstypen unterscheiden sich bereits nach dem Vertragsgegenstand. Während Gegenstand des Miet- oder Pachtvertrags über bewegliche Sachen eine bewegliche Sache ist, hat der Lizenzvertrag Rechte des geistigen Eigentums zum Gegenstand. Folglich unterscheidet sich der Lizenzvertrag vom Miet- oder Pachtvertrag vor allem dadurch, dass die Lizenz gleichzeitig mehreren voneinander unabhängigen Personen erteilt werden kann [67], die sich geografisch betrachtet an verschiedenen Orten befinden und den Lizenzgegenstand auch gleichzeitig nutzen können. Im Fall der Miete oder Pacht von Sachen ist dies hingegen nicht möglich. Die einzige Lizenzart, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtswirkungen mit der Miete oder Pacht vergleichbar wäre, ist die ausschließliche Lizenz. Mit der ausschließlichen Lizenz überlässt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Recht auf Nutzung eines bestimmten Rechts des geistigen Eigentums, wobei er sich verpflichtet, niemand weiterem eine Lizenz zu erteilen und das Recht des geistigen Eigentums auch nicht selbst zu nutzen [68]. Diese Vergleichbarkeit lässt sich jedoch nicht verallgemeinernd für alle Lizenzverträge feststellen.

Dass keine unmittelbare Analogie zwischen Lizenzvertrag und Miet- oder Pachtvertrag hergestellt werden kann, ist somit noch ein weiteres Argument zur Stützung des Standpunkts, dass der Lizenzvertrag nicht als Vertrag angesehen werden kann, dessen Gegenstand die Erbringung von „Dienstleistungen" im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 ist.

c) Bedeutung einer einheitlichen Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 und der Rom-I-Verordnung

67. Im Rahmen der Definition des Dienstleistungsbegriffs ist zu berücksichtigen, dass die Auslegung dieses Begriffs, die der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache vornehmen wird, auch die Definition dieses Begriffs im Rahmen der Verordnung Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [69] (im Folgenden: Rom-I-Verordnung) beeinflussen wird. Im siebten Erwägungsgrund der Rom-I-Verordnung heißt es nämlich, dass „[d]er materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen dieser Verordnung … mit der Verordnung Nr. 44/2001 … im Einklang" stehen sollten. Der 17. Erwägungsgrund der Rom-I-Verordnung bestimmt für den Fall, dass die Vertragsparteien keine Rechtswahl getroffen haben: „Soweit es das … anzuwen-

66 — Im österreichischen Schrifttum vgl. Kucsko, G., a. a. O. (Fn. 46), S. 929, der den Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* ansieht. Vgl. entsprechend im slowenischen Schrifttum Podobnik, K., a. a. O. (Fn. 46), Kommentar zu Art. 704, S. 62. Im deutschen Schrifttum vgl. zur Eigenständigkeit des Lizenzvertrags Busse, R., a. a. O. (Fn. 46). S. 297, Randnr. 53, und Stumpf, H., Groß, M., a. a. O. (Fn. 38), S. 42 f., Randnr. 19. Es sei darauf hingewiesen, dass auch aus dem Fachdokument *Principles of European Law on Lease of Goods* (Grundsätze des Europäischen Rechts über die Vermietung von Gütern) der Arbeitsgruppe zur Vorbreitung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs hervorgeht, dass die Bestimmungen über den Mietvertrag nicht auf Verträge über die Überlassung von Rechten zur Nutzung geistigen Eigentums anwendbar sind. Nach Lilleholt, K., u. a., *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Lease of Goods (PEL LG)*, Sellier. European Law Publishers, München 2008, S. 108, können die Bestimmungen der genannten *Principles* zwar auf die Vermietung einer konkreten Ausgabe eines Buches, einer DVD usw. angewandt werden, sie betreffen aber nicht Fragen im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums.

67 — Im deutschen Schrifttum vgl. Stumpf, H., Groß, M., a. a. O. (Fn. 38), S. 44, Randnr. 23. Im slowenischen Schrifttum vgl. Podobnik, K., a. a. O. (Fn. 46), Kommentar zu Art. 704, S. 62.

68 — Vgl. in diesem Sinne Bently, L., Sherman, B., a. a. O. (Fn. 44), S. 255, 950.

69 — Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177, S. 6).

dende Recht betrifft, sollten die Begriffe ‚Erbringung von Dienstleistungen' und ‚Verkauf beweglicher Sachen' so ausgelegt werden wie bei der Anwendung von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, soweit der Verkauf beweglicher Sachen und die Erbringung von Dienstleistungen unter jene Verordnung fallen."

68. Der Gerichtshof wird daher bei der Auslegung des Begriffs „Dienstleistung" im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 darauf achten müssen, dass er diesen Begriff nicht so auslegt, dass er Sinn und Zweck der Rom-I-Verordnung zuwiderläuft.

69. Wie die deutsche Regierung in ihren Erklärungen ausgeführt hat, geht aus dem Verfahren zum Erlass der Rom-I-Verordnung hervor, dass der Vorschlag für diese Verordnung in Art. 4, der das in Ermangelung einer Rechtswahl der Vertragsparteien anzuwendende Recht bestimmt, neben Buchst. b — der das für Dienstleistungsverträge maßgebende Recht festlegt — noch einen Buchstaben enthielt, in dem das für Verträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerbliche Schutzrechte maßgebende Recht festgelegt war [70]. Aus den Dokumenten des Verfahrens zum Erlass der Verordnung wird deutlich, dass auf die Aufnahme des letztgenannten Buchstabens in die endgültige Fassung der Rom-I-Verordnung deshalb verzichtet wurde, weil im Rat kein Einvernehmen darüber erzielt wurde, welche Vertragspartei die vertragscharakteristische Verpflichtung erfüllen muss [71], und nicht deshalb, weil dieser Vertrag den Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen zuzuordnen wäre. Würde der Begriff „Dienstleistung" im Rahmen der Verordnung Nr. 44/2001 so ausgelegt, dass die Lizenzerteilung unter diesen Begriff fiele, widerspräche dies folglich Sinn und Zweck der Definition des Begriffs „Dienstleistung" im Rahmen der Rom-I-Verordnung. Dies ist somit noch ein weiteres Argument dafür, dass der Lizenzvertrag kein Vertrag ist, der die Erbringung von „Dienstleistungen" im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 zum Gegenstand hat.

70 — Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (KOM[2005] 650 endg.); vgl. Art. 4 Abs. 1 Buchst. f des Vorschlags der Kommission, der Folgendes bestimmt: „Für Verträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerbliche Schutzrechte ist das Recht des Staats maßgebend, in dem die Person, die diese Rechte überträgt oder zur Nutzung überlässt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat."

71 — Neben dem oben genannten Vorschlag der Kommission wurde im Verfahren zum Erlass der Rom-I-Verordnung noch ein Vorschlag der schwedischen Delegation behandelt, der dem territorialen Aspekt der Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum Rechnung trug (vgl. Ratsdokument Nr. 5460/07 vom 25. Januar 2007), sowie ein Vorschlag des Präsidiums, der einen Kompromiss zwischen dem schwedischen Vorschlag und dem der Kommission darstellte (vgl. Ratsdokument Nr. 6935/07 vom 2. März 2007). Schließlich wurde beschlossen, Art. 4 Abs. 1 Buchst. f des Vorschlags für die Verordnung zu streichen (vgl. Ratsdokument Nr. 8229/07 vom 17. April 2007). Vgl. auch den Bericht des Europäischen Parlaments vom 21. November 2007 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (A6-450/2007), in dem das Europäische Parlament die Streichung von Art. 4 Buchst. f des Vorschlags für die Verordnung vorschlägt. Auch die Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht schlug wegen der Vielfalt der Verträge über geistiges Eigentum und den damit verbundenen Schwierigkeiten bei der Feststellung der Vertragspartei, die die vetragscharakteristische Leistung erbringen muss, die Streichung von Art. 4 Buchst. f des Vorschlags für die Verordnung vor; vgl. den Artikel des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht „Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)", *RabelsZ*, Nr. 2/2007, S. 265.

d) Keine Möglichkeit einer Analogie zur Definition des Dienstleistungsbegriffs in den Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer

70. Anders als die Kläger des Ausgangsverfahrens und die Kommission meinen, kann die Definition des Begriffs „Dienstleistung“ in den Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer aus mehreren Gründen nicht auf diesen Begriff übertragen werden, soweit er in der Verordnung Nr. 44/2001 verwendet wird.

71. Erstens wird aus dem Wortlaut der Definition dieses Begriffs in den Mehrwertsteuerrichtlinien deutlich, dass es sich um eine negative Definition handelt, die bereits ihrer Natur nach sehr weit ist. So bestimmen Art. 6 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern [72] und Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2006/112 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem [73], dass im Rahmen dieser Richtlinien als Dienstleistung „jede Leistung [gilt], die keine Lieferung eines Gegenstands … ist“ (Art. 6 Abs. 1; in Art. 24 Abs. 1 heißt es: „jeder Umsatz, der keine Lieferung von Gegenständen ist“). Diese Richtlinien qualifizieren also — neben der Einfuhr in das Gebiet der Gemeinschaft — nur zwei Arten wirtschaftlicher Tätigkeiten in diesem Gebiet als steuerbare Umsätze: die Lieferung von Gegenständen und die Erbringung von Leistungen, weshalb die Definition des Begriffs „Dienstleistung“ in diesem Kontext zwangsläufig weit ist.

72. Die Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt jedoch nicht, dass sich die Zuständigkeit nach den für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen geltenden Vorschriften richtet, wenn es nicht um einen Vertrag über den Verkauf beweglicher Sachen geht. Vielmehr enthält diese Verordnung in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a eine ausdrückliche Vorschrift zur Bestimmung der Zuständigkeit für Verträge, die weder Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen noch Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen sind. In Art. 5 Nr. 1 Buchst. c der Verordnung heißt es nämlich ausdrücklich, dass Buchst. a gilt, wenn Buchst. b nicht anwendbar ist. Im Rahmen der Verordnung Nr. 44/2001 ist eine derart weite Definition des Begriffs „Dienstleistung“ folglich nicht erforderlich, da die Zuständigkeit stets nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a bestimmt werden kann, wenn eine Bestimmung nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b nicht möglich ist.

73. Zweitens wird der Begriff „Dienstleistung“ im Rahmen der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer deswegen weit definiert, weil auch der Anwendungsbereich dieser Richtlinien sehr weit ist [74], um auf diese Weise alle steuerbaren wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erfassen. Wie im Kontext des Primärrechts kann auch im Rahmen der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer der Auf-

72 — In Fn. 6 angeführt.

73 — Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347, S. 1).

74 — Zum weiten Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie vgl. u. a. Urteile vom 26. März 1987, Kommission/Niederlande (235/85, Slg. 1987, 1471, Randnr. 6), vom 4. Dezember 1990, van Tiem (C-186/89, Slg. 1990, I-4363, Randnr. 17), und vom 12. September 2000, Kommission/Irland (C-358/97, Slg. 2000, I-6301). Auch in meinen Schlussanträgen vom 9. Dezember 2008 in der Rechtssache Tellmer Property (C-572/07, Verfahren anhängig, Nr. 27) habe ich unterstrichen, dass der Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer im Rahmen der Sechsten Richtlinie sehr weit konzipiert ist.

fassung nicht zugestimmt werden, dass die *ratio* der weiten Auslegung des Begriffs „Dienstleistung" uneingeschränkt auf diesen Begriff übertragen werden kann, soweit er in der Verordnung Nr. 44/2001 verwendet wird. Zu berücksichtigen ist, dass die Begriffe eines konkreten Rechtsbereichs stets in Abhängigkeit von diesem Bereich definiert werden, so dass die in einem bestimmten Bereich erfolgte Definition nicht unmittelbar auf einen anderen Bereich übertragbar ist. Da der Bereich der Steuern ein spezielles Gebiet mit spezifischen Zielen ist, lässt sich die in diesem Bereich vorgenommene Definition des Begriffs „Dienstleistung" nicht auf die Verordnung Nr. 44/2001 übertragen.

e) Meinungen im Schrifttum

74. Ich möchte ferner darauf hinweisen, dass im Schrifttum zahlreiche Beispiele für Verträge über die Erbringung von „Dienstleistungen" im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 genannt werden: Arbeitsverträge, Frachtverträge, Kommissionsverträge, Behandlungsverträge, Beratungsverträge, Unterrichtsverträge und Ähnliches. [75] Der Lizenzvertrag findet sich jedoch nicht unter den Beispielen. Im Gegenteil, einige Autoren betonen ausdrücklich, dass die Zuständigkeit für Lizenzverträge bzw. Verträge über die Einräumung von Rechten zur Nutzung geistigen Eigentums nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 zu bestimmen ist [76].

3. Ergebnis

75. Angesichts der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt (Lizenzvertrag), kein Vertrag ist, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift ist.

75 — Rauscher, T., a. a. O. (Fn. 51), Randnr. 50; Czernich, D., a. a. O. (Fn. 58), S. 75, Randnr. 40.

76 — Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 152, Randnr. 129, nennt unter den Verträgen, bei denen sich die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt, ausdrücklich den Lizenzvertrag. Nach Takahashi, K., „Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5(1) of the Brussels Convention and Regulation", *European Law Review*, Nr. 5/2002, S. 534, findet Art. 5 Nr. 1 Buchst. a weiter auf Verträge über die Einräumung von Rechten zur Nutzung geistigen Eigentums Anwendung. Vgl. Berlioz. P., „La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement «Bruxelles I»", *Journal du droit international (Clunet)*, Nr. 3/2008, Nrn. 85 bis 95, der grundsätzlich meint, dass ein Vertrag über die Einräumung von Rechten kein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 44/2001 sein könne.

C — *Zweite Vorlagefrage*

76. Die zweite Vorlagefrage stellt das vorlegende Gericht nur für den Fall der Bejahung der ersten Vorlagefrage, also für den Fall, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen sein sollte, dass ein Lizenzvertrag ein Vertrag ist, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift ist.

77. Da meines Erachtens die erste Vorlagefrage zu verneinen ist, braucht die nur für den Fall der Bejahung der ersten Frage gestellte zweite Frage nicht beantwortet zu werden.

D — *Dritte Vorlagefrage*

78. Die dritte Vorlagefrage ist so zu verstehen, dass das Gericht damit erfahren möchte, ob Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Lizenzverträgen auf der Grundlage dieser Vorschrift nach jenen Grundsätzen zu beurteilen ist, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens ergeben. Anderes ausgedrückt möchte das vorlegende Gericht wissen, ob bei der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 die Kontinuität im Verhältnis zur Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens zu wahren ist.

79. In der Verordnung Nr. 44/2001 ist die Zuständigkeit für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, anders geregelt als im Brüsseler Übereinkommen, und in diesem Rahmen wurde Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 gegenüber Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens geändert und neu gefasst. Inhalt und Systematik der Änderung lassen sich nur unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens und insbesondere der Kritik an dieser Auslegung verstehen. Ich werde daher im Folgenden den Inhalt der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens, die Gründe für die Änderung dieser Bestimmung und den Umfang der Änderungen darstellen und anschließend zur Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 kommen.

1. Änderung der Vorschriften über die Zuständigkeit für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben: vom Brüsseler Übereinkommen zur Verordnung Nr. 44/2001

a) Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens

80. Nach Art. 5 Nr. 1 erster Halbsatz des Brüsseler Übereinkommens kann, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre [77]. Der Gerichtshof hat die Bedeutung der Wendung „Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre" in den beiden Urteilen De Bloos [78] und Tessili [79] vom 6. Oktober 1976 erläutert, in denen er zwei wesentliche Fragen zur Auslegung dieses Artikels beantwortet hat: erstens, welche Verpflichtung für die Bestimmung der Zuständigkeit nach dieser Vorschrift heranzuziehen ist, und zweitens, nach welchen Anknüpfungskriterien der Erfüllungsort dieser Verpflichtung bestimmt wird. So hat der Gerichtshof im Urteil De Bloos entschieden, dass sich der Ausdruck „Verpflichtung" in dieser Vorschrift auf die vertragliche Verpflichtung bezieht, die den Gegenstand der Klage bildet [80], d. h. auf die streitige Verpflichtung, die Gegenstand des Verfahrens zwischen den Vertragsparteien ist. Im Urteil Tessili hat er entschieden, dass der Erfüllungsort der streitigen vertraglichen Verpflichtung nach dem Recht zu bestimmen ist, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts auf das Vertragsverhältnis anwendbar ist [81]. Zur Begründung dieser Entscheidung hat der Gerichtshof ausgeführt, dass sich angesichts der Unterschiede, die zwischen den nationalen Rechten bei der Regelung von Verträgen bestehen, und in Ermangelung jeder Vereinheitlichung des auf vertragliche Verpflichtungen anwendbaren Rechts beim gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung weiter gehende Angaben über die Auslegung dieser Bestimmung als unmöglich erweisen [82].

81. Das mit dem Rechtsstreit befasste Gericht muss somit zur Bestimmung des zuständigen Gerichts im Einklang mit dieser Auslegung eine dreistufige Prüfung durchführen, die Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache GIE Groupe Concorde zu Recht als schwierig angesehen hat [83]. Zunächst muss das Gericht feststellen, welche vertragliche Verpflichtung den Gegenstand des Rechtsstreits zwischen den Vertragsparteien bildet. Dann muss es auf der Grundlage der Kollisionsnormen seiner Rechtsordnung das Sachrecht ermitteln, das auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar ist (*lex causae*). Schließlich muss es auf der Grundlage des Sachrechts den Erfüllungsort der streitigen vertraglichen Verpflichtung ermitteln.

77 — Art. 5 Nr. 1 zweiter Halbsatz des Brüsseler Übereinkommens ermöglichte die Bestimmung der Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge. In der Verordnung Nr. 44/2001 ist diese Zuständigkeit in einem eigenen Abschnitt geregelt (Art. 18 bis 21).

78 — Urteil De Bloos (in Fn. 9 angeführt).

79 — Urteil Tessili (in Fn. 10 angeführt).

80 — Urteil De Bloos (in Fn. 9 angeführt, Randnr. 13).

81 — Urteil Tessili (in Fn. 10 angeführt, Randnr. 13).

82 — Urteil Tessili (in Fn. 10 angeführt, Randnr. 14).

83 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer vom 16. März 1999 in der Rechtssache GIE Groupe Concorde (C-440/97, Slg. 1999, I-6307, Nr. 28).

b) Gründe für die Änderung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens

82. Diese Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens hat zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten der nationalen Gerichte bei der Entscheidung über die Zuständigkeit geführt und gab Anlass zu heftiger Kritik im Schrifttum sowie zur Unterbreitung von Vorschlägen verschiedener Generalanwälte für eine Änderung dieser Rechtsprechung. Kritisiert wurden mehrere Aspekte dieser Auslegung.

83. Erstens ist angesichts der Komplexität der Grundsätze, die sich aus der dargestellten Auslegung ergeben, die Bestimmung des zuständigen Gerichts in der Praxis unverhältnismäßig schwierig, da sie das Verfahren belastet, noch bevor das Gericht überhaupt begonnen hat, die Grundlage des Anspruchs zu prüfen [84]. Zweitens ist die Bestimmung der Zuständigkeit anhand der Grundsätze, die sich aus dieser Auslegung ergeben, für die Prozessparteien sehr unvorhersehbar, da die *lex causae* verschiedener Mitgliedstaaten einen unterschiedlichen Erfüllungsort für dieselbe Art von Verpflichtung bestimmen kann [85]. Der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung — und damit das zuständige Gericht — hängt also davon ab, welches Recht auf das Vertragsverhältnis anwendbar ist. Drittens kann die Bestimmung der Zuständigkeit nach den genannten Grundsätzen zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte führen, wenn es auf der Grundlage ein und desselben Vertragsverhältnisses zu mehreren Streitigkeiten kommt [86]. Viertens führt die Bestimmung der Zuständigkeit nach den genannten Grundsätzen nicht zwangsläufig zur Zustän-

84 — Vgl. in diesem Sinne Kropholler, J., *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2002, S. 131, Randnr. 17. Vgl. ferner Hill, J., „Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Nr. 3/1995, S. 606, dem zufolge in den Fällen, in denen die Parteien keine Entscheidung darüber getroffen haben, welches Recht auf das Vertragsverhältnis anzuwenden ist, bereits die Bestimmung dieses Rechts eine schwierige Aufgabe ist.

85 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Bot vom 15. Februar 2007 in der Rechtssache Color Drack (C-386/05, Slg. 2007, I-3699, Nrn. 61 ff.). Die Unvorhersehbarkeit ist z. B. besonders ausgeprägt, wenn die streitige Verpflichtung eine Zahlungspflicht ist, die nach dem Recht bestimmter Mitgliedstaaten am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen ist, nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten jedoch am Wohnsitz des Gläubigers; mit der Anwendung unterschiedlichen Rechts ändert sich auch das zuständige Gericht; so Hill, J., a. a. O. (Fn. 84), S. 606. Außerdem sei bemerkt, dass in den Fällen, in denen der Schuldner die Zahlungspflicht nach dem auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden Recht am Wohnsitz des Gläubigers erfüllen muss, Letzterer privilegiert wird, da er auf diese Weise bei einem Gericht in seinem eigenen Mitgliedstaat Klage erheben kann.

86 — Vgl. in diesem Sinne in Fn. 85 angeführte Schlussanträge von Generalanwalt Bot (Nrn. 55 ff.). Der Generalanwalt weist darauf hin (Nr. 58), dass das Urteil vom 5. Oktober 1999, Leathertex (C-420/97, Slg. 1999, I-6747), ein gutes Beispiel für diese Schwäche sei. In dieser Rechtssache ging es um die Bestimmung der Zuständigkeit auf der Grundlage eines Agenturvertrags. Eine belgische Gesellschaft (die Vertreterin) erhob Klage gegen eine italienische Gesellschaft (die Auftraggeberin) auf Zahlung nicht geleisteter Provisionen und Entschädigung wegen Kündigung des Agenturvertrags. Für die Entschädigungsklage waren die belgischen Gerichte zuständig, für die Klage auf Provisionszahlung hingegen die italienischen. Im Schrifttum vgl. z. B. Hill, J., a. a. O. (Fn. 84), S. 601; Beaumont, P. R., a. a. O. (Fn. 29), S. 16; Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2. Auflage, Montchrestien, Paris 1996, S. 117.

digkeit des Gerichts, das den engsten Bezug zum Rechtsstreit aufweist [87].

84. Der Gerichtshof wollte jedoch von der in den Urteilen De Bloos und Tessili entwickelten Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens nicht abrücken, sondern hat diese Auslegung — trotz der vielfachen Kritik und trotz der Aufrufe von Generalanwälten [88] zur Änderung der Rechtsprechung — mehrfach bestätigt, z. B. in den Urteilen GIE Groupe Concorde [89] und Leathertex [90]. Im Urteil Besix hat er ausdrücklich betont, dass die Wendung „Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre" nicht autonom ausgelegt werden kann, da dies die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil Tessili in Frage stellen würde [91].

c) Reaktion auf die Kritik: Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001

85. Im Verfahren zum Erlass der Verordnung Nr. 44/2001 berücksichtigte der Gemeinschaftsgesetzgeber die oben dargestellten kritischen Reaktionen und entschied sich für eine teilweise Änderung der Vorschriften über die Zuständigkeit in Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben. Im Verfahren zum Erlass der Verordnung waren Richtung und Inhalt dieser Änderung außerordentlich umstritten [92]. Nach langen Verhandlungen wurde Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 schließlich so konzipiert, dass für zwei Vertragsarten — Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen und Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen — in Buchst. b der Erfüllungsort der Verpflichtung autonom anhand der vertragscharakteristischen Verpflichtung bestimmt wurde, für alle anderen Verträge jedoch in Buchst. a der Wortlaut von Art. 5 Nr. 1 erster Halbsatz des Brüsseler Übereinkommens beibehalten wurde.

2. Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001

86. Nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 bestimmt sich die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung, wenn Buchst. b nicht anwendbar ist. Da im Rahmen der Beantwortung der

87 — Im Schrifttum vgl. z. B. Hill, J., a. a. O. (Fn. 84), S. 601; Kropholler, J., von Hinden, M., „Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort (Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ)", in: Schack, H. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, Beck, München 2000, S. 402. Wegen des fehlenden Bezugs des nach der Rechtsprechung in den Urteilen De Bloos und Tessili zuständigen Gerichts zum Streitgegenstand hat die französische Cour de cassation von diesen Grundsätzen bereits Abstand genommen und die Zuständigkeit anhand des Ortes der Erfüllung der vertragscharakteristischen Verpflichtung bestimmt; vgl. hierzu Mourre, A., „À propos de l'application de l'art. 5-1 de la Convention de Bruxelles aux litiges nés de la rupture d'un contrat de représentation", *Gazette du Palais*, Nr. V/1994, S. 849 ff.

88 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Lenz vom 8. März 1994 in der Rechtssache Custom Made Commercial (C-288/92, Slg. 1994, I-2913), von Generalanwalt Léger vom 16. März 1999 in der Rechtssache Leathertex (C-420/97, Slg. 1999, I-6747) und von Generalanwalt Bot (in Fn. 85 angeführt).

89 — Urteil vom 28. September 1999, GIE Groupe Concorde (C-440/97, Slg. 1999, I-6307).

90 — Urteil Leathertex (in Fn. 86 angeführt).

91 — Urteil Besix (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 36). In diesem Zusammenhang sei bemerkt, dass das Urteil Besix nach Veröffentlichung der Verordnung Nr. 44/2001 und unmittelbar vor ihrem Inkrafttreten am 1. März 2002 verkündet wurde.

92 — Vgl. in diesem Sinne Kohler, C., a. a. O. (Fn. 29), S. 12.

ersten Frage festgestellt wurde, dass die Zuständigkeit in der vorliegenden Rechtssache nicht nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b bestimmt werden kann, ist sie nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a zu bestimmen. Nach Buchst. a kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, „wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, [in einem anderen Mitgliedstaat] vor dem Gericht des Ortes [verklagt werden], an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre". Die Auslegung dieses Buchstabens muss meines Erachtens den Umstand, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 gleichlautend mit Art. 5 Nr. 1 erster Halbsatz des Brüsseler Übereinkommens ist, die Kontinuität zwischen der Verordnung Nr. 44/2001 und dem Brüsseler Übereinkommen sowie die historische Auslegung zum Ausgangspunkt haben.

87. Zunächst ist zu betonen, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 völlig gleichlautend mit Art. 5 Nr. 1 erster Halbsatz des Brüsseler Übereinkommens ist. Dieser Umstand muss meines Erachtens in Verbindung mit dem *Grundsatz der Kontinuität* zwischen der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 und der Auslegung des Brüsseler Übereinkommens zu der Feststellung führen, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung genauso auszulegen ist wie Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens.

88. Die Bedeutung des Grundsatzes der Kontinuität bei der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 geht aus dem 19. Erwägungsgrund der Verordnung hervor, wonach die Kontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und der Verordnung zu wahren ist und auch der Gerichtshof die Kontinuität bei der Auslegung der Verordnung zu gewährleisten hat. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung die Bedeutung einer einheitlichen Auslegung der beiden Rechtsakte bereits deutlich gemacht.

89. Auf die Bedeutung einer einheitlichen Auslegung im Verhältnis zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und der Verordnung Nr. 44/2001 hat der Gerichtshof bereits im Urteil Henkel [93] hingewiesen, in dem er allerdings nicht die Verordnung, sondern das Brüsseler Übereinkommen ausgelegt hat, das in der Rechtssache in zeitlicher Hinsicht einschlägig war. Das Urteil erging nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 44/2001 [94]. Der Gerichtshof hat sich bei der Auslegung von Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens u. a. auf den klareren Wortlaut von Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 gestützt [95] und festgestellt, dass, da es keinen Grund gibt, die beiden Vorschriften unterschiedlich auszulegen, für Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens derselbe Anwendungsbereich anzunehmen ist wie für die entsprechende Bestimmung der Verordnung Nr. 44/2001 [96]. Dies gelte namentlich, weil diese Verordnung — ausgenommen in den Beziehungen zum Königreich Dänemark — das Brüsseler Übereinkommen ersetzen solle [97].

93 — Urteil Henkel (in Fn. 22 angeführt).

94 — Das Urteil Henkel wurde am 1. Oktober 2002 verkündet; die Verordnung Nr. 44/2001 trat am 1. März 2002 in Kraft.

95 — In Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens heißt es bezüglich der Zuständigkeit: „wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist", in Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 hingegen: „wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist *oder einzutreten droht*". Hervorhebung nur hier.

96 — Urteil Henkel (in Fn. 22 angeführt, Randnr. 49).

97 — Ebd.

90. Im Urteil Reisch Montage [98] hat der Gerichtshof zwar nicht ausdrücklich den Grundsatz der Kontinuität der Auslegung angeführt, sich bei der Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 aber auf die Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen gestützt [99]. Entsprechend ist er in den Urteilen Freeport [100], ASML Netherlands [101], FBTO Schadeverzekeringen [102] sowie Hassett und Doherty [103] vorgegangen. In zahlreichen Rechtssachen haben jedoch Generalanwälte ausdrücklich auf die Bedeutung der Kontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und der Verordnung Nr. 44/2001 hingewiesen [104].

91. Bisher hat sich der Gerichtshof z. B. im Urteil Glaxosmithkline [105] im Zusammenhang mit der Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge dafür entschieden, vom Grundsatz der Kontinuität abzuweichen und die Verordnung Nr. 44/2001 anders auszulegen als das Brüsseler Übereinkommen. Die Zuständigkeit für derartige Verträge war im Brüsseler Übereinkommen in Art. 5 Nr. 1 geregelt, während sie in der Verordnung Nr. 44/2001 in einem eigenen Abschnitt geregelt ist (Art. 18 bis 21). Der Gerichtshof hat die unterschiedliche Auslegung dieser Vorschriften damit begründet, dass der Wortlaut der Verordnung erhebliche Abweichungen aufweist; darüber hinaus stützen nach dem Gerichtshof aber auch die vorbereitenden Arbeiten für diese Verordnung eine unterschiedliche Auslegung [106].

92. Auch in der Rechtssache Ilsinger [107], die der Gerichtshof noch nicht entschieden hat, habe ich vorgeschlagen, dass der Gerichtshof Art. 15 Nr. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 44/2001 bezüglich der Zuständigkeit für Verbraucherverträge anders auslegt als Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens, weil die Vorschrift der Verordnung teilweise anders formuliert ist als die Bestimmung des Übereinkommens.

93. In der vorliegenden Rechtssache sind jedoch die Voraussetzungen dafür, Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 anders als Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens auszulegen, nicht erfüllt, und zwar nicht nur, wie ich bereits erwähnt habe, wegen des identischen Wortlauts der beiden Bestimmungen, sondern auch, weil im Wege der historischen Auslegung festgestellt werden kann, dass die erstgenannte Vorschrift nach dem ausdrücklichen Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers in diesem Sinne zu verstehen ist.

98 — Urteil vom 13. Juli 2006, Reisch Montage (C-103/05, Slg. 2006, I-6827).

99 — Ebd. (Randnrn. 22 bis 25).

100 — Urteil vom 11. Oktober 2007, Freeport (C-98/06, Slg. 2007, I-8319, Randnrn. 39, 45 und 53).

101 — Urteil vom 14. Dezember 2006, ASML Netherlands (C-283/05, Slg. 2006, I-12041, Randnr. 24).

102 — Urteil vom 13. Dezember 2007, FBTO Schadeverzekeringen (C-463/06, Slg. 2007, I-11321, Randnr. 28).

103 — Urteil vom 2. Oktober 2008, Hassett und Doherty (C-372/07, Slg. 2008, I-7403, Randnrn. 19 und 22).

104 — Vgl. z. B. Schlussanträge von Generalanwalt Léger vom 28. September 2006 in der Rechtssache ASML Netherlands (in Fn. 101 angeführt, Nr. 10), von Generalanwalt Bot in der Rechtssache Color Drack (in Fn. 85 angeführt, Nr. 7), von Generalanwalt Mengozzi vom 24. Mai 2007 in der Rechtssache Freeport (in Fn. 100 angeführt, Nr. 4) und von Generalanwältin Kokott vom 4. September 2008 in der Rechtssache Allianz (zunächst Riunione Adriatica di Sicurta) (C-185/07, Verfahren anhängig, Nr. 28).

105 — Urteil vom 22. Mai 2008, Glaxosmithkline (C-462/06, Slg. 2008, I-3965).

106 — Ebd. (Randnrn. 15 und 24).

107 — Vgl. meine Schlussanträge vom 11. September 2008 in der Rechtssache Ilsinger (C-180/06, Verfahren anhängig).

94. Die *historische Auslegung* zeigt, dass die Formulierung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a, die schließlich in die Verordnung Nr. 44/2001 aufgenommen wurde, das Ergebnis eines Kompromisses zwischen denjenigen, die die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung in den Urteilen De Bloos und Tessili entwickelten Grundsätze für die Bestimmung der Zuständigkeit beibehalten wollten, und denjenigen war, die eine Änderung dieser Rechtsprechung befürworteten. Unter den extremen Vorschlägen für die Formulierung dieser Vorschrift — die von der Wahrung des Status quo bis zur Bestimmung der Zuständigkeit anhand des Erfüllungsorts der charakteristischen Verpflichtung für alle Verträge reichten [108] — fand schließlich ein Kompromissvorschlag Zustimmung, nach dem die Zuständigkeit bei zwei Vertragsarten, dem Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen und dem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen, anhand des Erfüllungsorts der charakteristischen Verpflichtung bestimmt wurde, für sonstige Vertragsarten aber die bestehende Regelung beibehalten wurde. Diese Kompromisslösung, die Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 letztlich in zwei Teile gegliedert hat, hat die Verabschiedung der Reform dieser Vorschrift überhaupt erst ermöglicht [109].

95. Der Gesetzgeber wollte demnach eindeutig, dass der Erfüllungsort bei Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen autonom bestimmt wird und bei sonstigen Verträgen die Grundsätze für die Bestimmung der Zuständigkeit beibehalten werden, die sich aus der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof ergeben [110]. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass bei allen Verträgen die Zuständigkeit z. B. anhand des Erfüllungsorts der vertragscharakteristischen Verpflichtung bestimmt wird, hätte er Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 auch entsprechend gefasst. In der gegenwärtigen Formulierung dieser Vorschrift geht jedoch aus einigen Sprachfassungen sehr klar hervor, dass für die Bestimmung der Zuständigkeit die Verpflichtung maßgeblich ist, die Gegenstand des Verfahrens zwischen den Parteien ist [111].

96. Allerdings hat diese Kompromisslösung Mängel. Indem die Grundsätze für die Bestimmung der Zuständigkeit nur für Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen geändert wurden, wurden zwar in der Verordnung Nr. 44/2001 für zwei Vertragsarten die Schwächen der aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Urteilen De Bloos und

108 — Zu den verschiedenen Möglichkeiten für eine Änderung dieses Artikels vgl. Kohler, C., a. a. O. (Fn. 29), S. 12 ff. Aus dem Ratsdokument „Revision der Übereinkommen von Brüssel und Lugano“ vom 19. Januar 1999 (Nr. 5202/99) geht hervor, dass eine der Möglichkeiten für die Formulierung von Art. 5 Nr. 1 Unterabs. 1 der neuen Verordnung wie folgt lautete: „wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes der Erfüllung der *charakteristischen* Verpflichtung“ (Hervorhebung nur hier); eine andere Möglichkeit war die Wahrung des Status quo. Beaumont, P. R., a. a. O. (Fn. 29), S. 16 f., weist z. B. darauf hin, dass sich das Vereinigte Königreich für die Wahrung des Status quo ausgesprochen habe.

109 — So Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 153, Randnr. 131.

110 — Dieser Wille des Gesetzgebers ergibt sich auch eindeutig aus der Begründung des Vorschlags für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (in Fn. 24 angeführt), S. 15.

111 — In der italienischen Fassung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 heißt es, dass in Bezug auf einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag das Gericht des Ortes zuständig ist, an dem die Verpflichtung, die den Gegenstand des Verfahrens bildet, erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre („in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita“), in der deutschen Fassung: „wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre“.

Tessili hervorgehenden Grundsätze für die Bestimmung der Zuständigkeit beseitigt, bei allen anderen Vertragsarten, bezüglich deren sich die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung bestimmt, bleiben diese Schwächen jedoch bestehen. Darüber hinaus führt die Änderung dieser Grundsätze für die Bestimmung der Zuständigkeiten zu zwei neuen Schwierigkeiten.

97. Erstens wirft die Formulierung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 das Problem der Abgrenzung zwischen Verträgen, bezüglich deren sich die Zuständigkeit nach Buchst. b bestimmt — also Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen –, und Verträgen auf, bei denen die Zuständigkeit nach Buchst. a dieser Vorschrift bestimmt wird. Die vorliegende Rechtssache zeigt deutlich, dass diese Abgrenzung nicht leicht ist, so dass im jeweils konkreten Fall zu entscheiden sein wird, zu welcher Gruppe der jeweilige Vertrag gehört [112].

98. Zweitens wird es wegen der Beibehaltung der sich aus der Rechtsprechung in den Urteilen De Bloos und Tessili ergebenden Auslegung von Art. 5 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 zu Widersprüchen im Verhältnis zwischen der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und der von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b kommen, da sich die Zuständigkeit im Fall von Buchst. b nach dem Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung bestimmt, im Fall von Buchst. a dagegen weiterhin stets nach dem Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung.

99. Wegen der genannten Schwächen, die durch die Änderung der Grundsätze für die Zuständigkeit in Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, beibehalten oder sogar herbeigeführt werden, wäre eine Änderung der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. a vielleicht wünschenswert [113], doch würde damit der eindeutige Wille des Gesetzgebers umgangen oder ihm direkt widersprochen. Dadurch würde der Gerichtshof letztlich die Rolle des Gesetzgebers übernehmen und die Grenzen seiner eigenen Befugnisse überschreiten. Meiner Auffassung nach ist deshalb für Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 die Auslegung beizubehalten, die der Gerichtshof in den Urteilen De Bloos und Tessili zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens entwickelt hat.

100. Wie das vorlegende Gericht feststellt, wird in der vorliegenden Rechtssache die Bestimmung der Zuständigkeit unter Zugrundelegung der sich aus den Urteilen De Bloos und Tessili ergebenden Auslegung konkret darauf hinauslaufen, dass für die

112 — Bei zahlreichen Verträgen ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, ob sie unter Buchst. a oder Buchst. b von Art. 5 Nr. 1 zu fassen sind; als Beispiel seien der Miet- oder Pachtvertrag und der Darlehensvertrag genannt. Auch im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b ist die Abgrenzung zwischen Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen und Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen nicht immer eindeutig; Gaudemet-Tallon, H., a. a. O. (Fn. 51), S. 147, nennt in diesem Kontext z. B. den Franchisevertrag. Da aber die Zuständigkeit im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung nach einem einheitlichen Kriterium bestimmt wird, wird die Abgrenzung zwischen Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen und Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen nicht problematisch sein.

113 — So Mankowski, P., a. a. O. (Fn. 27), S. 158, Randnr. 138.

Klage auf Zahlung von Lizenzentgelt für die Videoaufnahmen des betreffenden Konzerts auf der Grundlage des Lizenzvertrags das Gericht am Wohnsitz des Lizenznehmers zuständig ist, also das Gericht in Deutschland.

3. Bedeutung des Urteils Besix in der vorliegenden Rechtssache

101. Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, ob die Auslegung von Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof im Urteil Besix [114] in der vorliegenden Rechtssache einer Bestimmung der Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 entgegensteht. Angesichts der Feststellung, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 44/2001 genauso auszulegen ist wie Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens, ist das Urteil Besix auch in der vorliegenden Rechtssache zu berücksichtigen. Im Urteil Besix hat der Gerichtshof entschieden, dass sich die Zuständigkeit nicht nach dieser Vorschrift richtet, wenn der Erfüllungsort der Verpflichtung deshalb nicht bestimmt werden kann, weil diese eine geografisch unbegrenzt geltende Unterlassungspflicht ist und damit durch eine Vielzahl von Orten gekennzeichnet wird, an denen sie erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre [115]. In diesem Fall richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens.

102. Meines Erachtens ist jedoch die vorliegende Rechtssache nicht mit der Rechtssache Besix vergleichbar. In der Rechtssache Besix war es nämlich nicht möglich, den Erfüllungsort der *streitigen* Verpflichtung zu bestimmen, während in der vorliegenden Rechtssache der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung, d. h. der Verpflichtung zur Zahlung von Lizenzentgelt für die Videoaufnahmen, bestimmt werden kann. Da nach dem Urteil De Bloos für die Bestimmung der Zuständigkeit die streitige Verpflichtung maßgeblich ist, kommt es nicht darauf an, ob der Erfüllungsort der Verpflichtung zur Lizenzerteilung bestimmt werden kann, die in der vorliegenden Rechtssache die *charakteristische*, nicht aber die streitige vertragliche Verpflichtung ist.

4. Ergebnis

103. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die dritte Frage des vorlegenden Gerichts zu antworten, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Lizenzverträgen auf der Grundlage dieser Vorschrift nach jenen Grundsätzen zu beurteilen ist, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens ergeben.

114 — Urteil Besix (in Fn. 7 angeführt).
115 — Urteil Besix (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 55).

VII — Entscheidungsvorschlag

104. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Obersten Gerichtshof vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Auf die erste Vorlagefrage sollte geantwortet werden, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen dahin auszulegen ist, dass ein Vertrag, mit dem der Inhaber eines Immaterialgüterrechts seinem Vertragspartner das Recht zur Nutzung dieses Rechts einräumt (Lizenzvertrag), kein Vertrag ist, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift ist.

2. Auf die dritte Vorlagefrage sollte geantwortet werden, dass Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Lizenzverträgen auf der Grundlage dieser Vorschrift nach jenen Grundsätzen zu beurteilen ist, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens ergeben.