Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PEDRO CRUZ VILLALÓN
vom 16. Februar 2012 [1]

Rechtssache C-523/10

Wintersteiger AG
gegen
Products 4U Sondermaschinenbau GmbH

(Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs [Österreich])

„Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen — Gerichtliche Zuständigkeit — Verordnung (EG) Nr. 44/2001 — Verletzung von Markenrechten infolge der Verwendung eines mit der Marke identischen Zeichens durch einen Mitbewerber bei einem Anbieter eines Internet-Suchdienstes — Schalten eines, Schlüsselworts' — Nationaler Schutz der Marke in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem das, Schlüsselwort' geschaltet wurde — Bestimmung des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht"

1. Der Oberste Gerichtshof hat dem Gerichtshof zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die sich auf die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit der österreichischen Gerichte im Fall einer behaupteten Verletzung einer österreichischen Marke beziehen, die über das Internet begangen worden sein soll. Konkret soll die von der Klägerin, Inhaberin einer österreichischen Marke, behauptete Verletzung in Deutschland erfolgt sein, da die Beklagte, eine dort niedergelassene Mitbewerberin, den Namen der Klägerin, „Wintersteiger", als „Schlüsselwort" („Keyword") auf der deutschen Top-Level-Domain des von Google angebotenen Dienstes AdWords schaltete.

2. Die vorliegende Rechtssache gibt dem Gerichtshof Gelegenheit, eine Frage zu klären, die sowohl die Auslegung des Art. 5 Nr. 3 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], der sowohl die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen wegen deliktischer Haftung regelt als auch das Recht des geistigen Eigentums betrifft. Letzten Endes geht es darum, die Schwierigkeiten zu beheben, die sich aus dem national-gebietsorientierten Charakter einer Marke und dem potenziell ubiquitären Charakter einer über das Internet, aber von einem anderen Mitgliedstaat aus begangenen Verletzung ergeben.

I – Rechtlicher Rahmen

3. Gemäß Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 können Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden, „... wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, den Gegenstand des Verfahrens bilden, [und zwar] vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht".

1 — Originalsprache: Spanisch.
2 — ABl. 2001, L 12, S. 1.

II – Sachverhalt, Verfahren vor dem nationalen Gericht und Vorlagefragen

4. Die Wintersteiger AG ist ein Unternehmen, das im Bereich der Herstellung und des weltweiten Vertriebs von Ski- und Snowboard-Servicemaschinen nebst Ersatzteilen und Zubehör tätig ist. Sie hat ihren Sitz in Österreich, wo sie seit 1993 Inhaberin der österreichischen Marke „Wintersteiger" ist. Zwar führt das vorlegende Gericht aus, dass die Marke nur in Österreich eingetragen sei, doch hat das Unternehmen in seinen schriftlichen Erklärungen darauf hingewiesen, dass die Marke auch in anderen Staaten geschützt sei, u. a. in Deutschland.

5. Die Products 4U Sondermaschinenbau GmbH (im Folgenden: Products 4U) ist ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das Ski- und Snowboard-Servicemaschinen entwickelt und diese weltweit vertreibt. Neben anderen Produkten verkauft das Unternehmen auch Zubehör für Maschinen von Wintersteiger. Aus den Akten geht hervor, dass Wintersteiger Verkäufe ihrer Produkte an Products 4U weder getätigt noch gestattet hat. Gleichwohl buchte das deutsche Unternehmen am 1. Dezember 2008 das „Schlüsselwort" „Wintersteiger" in dem durch Google angebotenen Suchdienst mit Werbeeinschaltungen, wobei es die Schaltung auf Suchanfragen begrenzte, die von der deutschen Top-Level-Domain („.de") aus erfolgten.

6. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts führt die vorerwähnte Buchung des „Schlüsselworts" dazu, dass jedes Mal, wenn der Begriff „Wintersteiger" in die Suchmaschine Google auf der Top-Level-Domain „.de" eingegeben wird, am rechten Rand, außer einem Link zur Website der Firma Wintersteiger, eine Werbeeinschaltung unter der Überschrift „Anzeige" erscheint. Der Text dieser Anzeige enthält Begriffe wie „Skiwerkstatt-Zubehör", „Ski- und Snowboardmaschinen" sowie „Wartung und Reparatur". Klickt der Nutzer auf den Link in der Anzeige, wird er auf einen Bereich der Website von Products 4U weitergeleitet, der die Überschrift „Wintersteiger-Zubehör" trägt.

7. Wie das vorlegende Gericht hervorhebt, kann die Internetseite www.google.de ungeachtet dessen, dass Google auch eine österreichische Top-Level-Domain („.at") betreibt, auch in Österreich aufgerufen werden.

8. Wintersteiger hat vor den österreichischen Gerichten eine Unterlassungsklage erhoben – sowie einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt – mit dem Ziel, dass Products 4U untersagt wird, die Marke „Wintersteiger" als „Schlüsselwort" in der Suchmaschine google.de zu verwenden. In erster Instanz wurde der Antrag der Klägerin wegen fehlender internationaler Zuständigkeit zurückgewiesen; es bestehe kein ausreichender Bezug zu Österreich, da es sich um ein auf google.de beschränktes „Schlüsselwort" handele. Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht verwarf diese Würdigung und bejahte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte, wies die Klage jedoch in der Sache ab. Der mit der Revision gegen das Urteil des Rekursgerichts befasste Oberste Gerichtshof hat Zweifel in Bezug auf seine Zuständigkeit und hat deshalb dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Formulierung „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht" in Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 bei einem behaupteten Eingriff einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Person in eine Marke des Gerichtsstaats durch Verwendung eines mit dieser Marke identischen Schlüsselworts (AdWord) in einer Internet-Suchmaschine, die ihre Leistungen unter verschiedenen länderspezifischen Top-Level-Domains anbietet, dahin auszulegen,

   1.1 dass die Zuständigkeit nur dann begründet ist, wenn das Schlüsselwort auf jener Suchmaschinen-Website verwendet wird, deren Top-Level-Domain jene des Gerichtsstaats ist;

   1.2 dass die Zuständigkeit allein dadurch begründet ist, dass jene Website der Suchmaschine, auf der das Schlüsselwort verwendet wird, im Gerichtsstaat abgerufen werden kann;

1.3 dass die Zuständigkeit davon abhängt, dass neben der Abrufbarkeit der Website weitere Erfordernisse erfüllt sein müssen?

2. Wenn Frage 1.3. bejaht wird:

Nach welchen Kriterien ist zu bestimmen, ob bei Verwendung einer Marke des Gerichtsstaats als AdWord auf einer Suchmaschinen-Website mit einer anderen länderspezifischen Top-Level-Domain als jener des Gerichtsstaats die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 begründet ist?

9. Schriftliche Erklärungen haben die Klägerin und die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Regierungen Österreichs, Spaniens, des Vereinigten Königreichs und Italiens sowie die Kommission eingereicht.

III – Analyse der Vorlagefragen

A – *Vorüberlegungen*

10. Einleitend ist auf einige Aspekte einzugehen, von denen die inhaltliche Analyse der gestellten Vorlagefrage abhängt.

11. Wie schon ausgeführt, hegt der Oberste Gerichtshof Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 im Fall einer Unterlassungsklage, die sich gegen ein Verhalten im Internet richtet, durch das in eine nationale Marke eingegriffen worden sein soll. Zu diesem Zweck stellt das vorlegende Gericht zwei Fragen, von denen die erste wiederum in drei Unterfragen aufgeteilt ist, die jeweils eine der möglichen unterschiedlichen Auslegungen der angeführten Rechtsvorschrift widerspiegeln. Dessen ungeachtet bin ich der Ansicht, dass der Gerichtshof eine vollkommen sachdienliche Lösung anbieten würde, wenn er sich – statt jede einzelne der vorgelegten Fragen zu prüfen und zu beantworten – darauf beschränken würde, die Kriterien darzulegen, die gegebenenfalls bei einem Sachverhalt wie dem hier vorliegenden die internationale Zuständigkeit eines nationalen Gerichts begründen können. Daher werde ich im vorliegenden Fall so vorgehen, dass ich die Fragen zu einer einzigen Frage umformuliere.

12. Weiterhin erscheint der Hinweis angebracht, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Wintersteiger, in erster Instanz ein Urteil in der Hauptsache beantragt hat, aber auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das vorlegende Gericht nimmt an mehreren Stellen darauf Bezug, obwohl sich seine Fragen ausschließlich auf die Auslegung des Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 beschränken.

13. Bekanntlich erfordert der Erlass einer einstweiligen Verfügung in einem transnationalen europäischen Kontext die Anwendung des Art. 31 der vorgenannten Verordnung und bringt besondere Probleme mit sich. Dessen ungeachtet und trotz des Umstands, dass anscheinend in verschiedenen Instanzen des Ausgangsverfahrens diese Frage angeschnitten wurde, beschränkt sich die im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen gestellte Frage eindeutig ausschließlich auf die Unterlassungsklage und damit auf die Auslegung des vorerwähnten Art. 5 Nr. 3. Daher werde ich mich in diesen Schlussanträgen allein mit dem Gegenstand der Frage befassen und die Problematik der einstweiligen Verfügung, die offenbar im Ausgangsverfahren fortbesteht, beiseitelassen [3].

3 — In Kürze werde ich mich in der Rechtssache Solvay (C-616/10) zur Auslegung des Art. 31 der Verordnung Nr. 44/2001 im Kontext von Rechten des geistigen Eigentums äußern.

14. Schließlich scheint es sinnvoll, einen weiteren Punkt klarzustellen, der geeignet ist, den im Hinblick auf die Lösung der Rechtssache erforderlichen Ansatz zu ändern. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass die Klägerin Inhaberin einer österreichischen Marke ist, und dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass diese Marke das einzige Recht des geistigen Eigentums ist, das derzeit die Marke „Wintersteiger“ schützt. In den schriftlichen Erklärungen der Klägerin wird diese Tatsachenfeststellung jedoch offen angegriffen und betont, dass die Klägerin auch über „internationale Markenregistrierungen mit dem Wortbestandteil WINTERSTEIGER“ verfüge. In diesem Zusammenhang verweist sie auf „die internationalen Markenregistrierungen Nr. 615.770 WINTERSTEIGER (WB) und Nr. 992.008 WINTERSTEIGER (WB), welche in zahlreichen Ländern und dabei insbesondere auch in Deutschland geschützt sind“.

15. Obwohl auf der Hand liegt, dass diese Tatsache, sollte sie sich bestätigen, die Tragweite des Ausgangsverfahrens verändern würde, kann nicht außer Acht gelassen werden, dass das vorlegende Gericht ausschließlich nach der Auslegung des Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 fragt, und zwar in einem Kontext, in dem lediglich eine Marke in Österreich eingetragen ist. Sich mit anderen Sachverhalten zu befassen, hieße, sich auf ein Gebiet zu begeben, zu dem sich keine der Parteien außer der Klägerin geäußert hat. Daher werde ich mich im Folgenden darauf beschränken, eine Antwort auf die aufgeworfene Frage zu geben, so wie sie das vorlegende Gericht gestellt hat.

B – *Zur Auslegung von Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001*

1. Ort des Schadenseintritts im Sinne des Art. 5 Nr. 3 im Fall eines Verhaltens, das geeignet ist, über das Internet in eine nationale Marke einzugreifen

16. In der vorliegenden Rechtssache besteht die Problematik darin, *den Ort oder die Orte, an dem oder denen das schädigende Ereignis eingetreten ist oder hätte eintreten können*, im Sinne des Art. 5 Nr. 3 zu bestimmen, und zwar in einem Kontext, in dem die Handlung, die zu der Verletzung einer nationalen Marke geführt haben soll, durch ein Medium wie das Internet begangen wird.

17. Zunächst sei daran erinnert, dass der Gerichtshof seit dem Urteil Mines de Potasse Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 in Fällen, in denen eine faktische Einheit besteht, aber der Ort der Schadensursache und der Ort des Schadenseintritts auseinanderfallen, dahin auslegt, dass die Zuständigkeit zweier verschiedener Gerichte begründet ist: der Gerichte des Ortes, an dem der Schaden tatsächlich eingetreten ist, und der Gerichte des Ortes, an dem sich das ursächliche Geschehen verwirklicht hat, wobei es dem Kläger freisteht, den Gerichtsstand zu wählen, der seinen Interessen besser entspricht [4]. Diese Lösung sichert die praktische Effektivität der in der genannten Vorschrift getroffenen Regelung, während sie dem Geschädigten einen Entscheidungsspielraum einräumt, der zugleich die Nähe zwischen dem Gerichtsstand und dem für den Rechtsstreit relevanten Sachverhalt wahrt. Die grundlegende Fragestellung, die in diesem Fall zu untersuchen ist, ist letzten Endes die Übertragung dieser Rechtsprechung auf Fälle, in denen das für den behaupteten Schaden ursächliche Geschehen über das Medium Internet erfolgt. Dabei werden zweifellos verschiedene ergänzende Überlegungen einzubeziehen sein.

18. Von der im Urteil Mines de Potasse aufgestellten Regel gibt es einige Ausnahmen, insbesondere in Fällen, in denen dasselbe Opfer in mehreren Staaten Schäden erleidet. Dies trifft zu, wenn die Verletzung Persönlichkeitsrechte betrifft. Für diese Fälle hat der Gerichtshof im Urteil Shevill eine Begrenzung des Umfangs der Zuständigkeit des zuständigen Gerichts eingeführt [5]. In dem genannten

4 — Urteile vom 30. November 1976, Mines de potasse d’Alsace (21/76, Slg. 1976, 1735, Randnrn. 24 und 25), vom 1. Oktober 2002, Henkel (C-167/00, Slg. 2002, I-8111, Randnr. 44), vom 5. Februar 2004, DFDS Torline (C-18/02, Slg. 2004, I-1417, Randnr. 40), und vom 16. Juli 2009, Zuid-Chemie (C-189/08, Slg. 2009, I-6917, Randnr. 24).

5 — Urteil vom 7. März 1995 (C-68/93, Slg. 1995, I-415).

Urteil wurde die sogenannte „Mosaikregel“ eingeführt, nach der der Kläger entweder die Gerichte des Staates anrufen kann, in dem der Schaden verursacht wurde, um dort den gesamten Schaden geltend zu machen, oder die Gerichte der Staaten, in denen der Schaden tatsächlich eingetreten ist, jedoch nur in Bezug auf die in ihrem Hoheitsgebiet erlittenen Schäden.

19. Die Vorgehensweise im Urteil Shevill wurde kürzlich den durch das Internet entstandenen Besonderheiten angepasst. In den Rechtssachen eDate und Martinez [6] entschied der Gerichtshof, dass die Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Internet wegen der geografischen Wirkung der schädigenden Informationen einige Merkmale von besonderer Schwere aufweist. Demzufolge sind die im Urteil Shevill aufgeführten Bezugskriterien erweitert worden, allerdings begrenzt auf Fälle der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Neben den vorstehend angeführten Kriterien gestattet es das Urteil eDate und Martinez dem mutmaßlichen Opfer, den gesamten erlittenen Schaden vor den Gerichten des Staates geltend zu machen, in dem es „den Mittelpunkt seiner Interessen“ hat.

20. Allerdings ist die Vorgehensweise in den Urteilen Shevill und eDate und Martinez auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Beide Entscheidungen beziehen sich nämlich auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, die sich von den Rechten des geistigen Eigentums, deren Schutz gebietsbezogen und deren Zweck die wirtschaftliche Verwertung eines Rechtsguts ist, erheblich unterscheiden [7]. Daher können die in Art. 5 Nr. 3 vorgesehenen Bezugskriterien nicht ohne Unterschied auf Sachverhalte wie die der genannten Rechtssachen und den des hier in Rede stehenden Falls angewendet werden, sondern es bedarf einer Auslegung der genannten Vorschrift, die an die Besonderheiten der Rechte des geistigen Eigentums angepasst ist.

21. In diesem besonderen Kontext ist davon auszugehen, dass in den Fällen eines Verhaltens, das möglicherweise in eine nationale Marke eingreift, die Verordnung Nr. 44/2001 dem Kläger in der Regel die Möglichkeit gibt, das Gericht des Wohnsitzes oder Sitzes des Beklagten anzurufen, wie es der allgemeine Gerichtsstand nach Art. 2 der Verordnung vorsieht, oder das Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, im Einklang mit Art. 5 Nr. 3. Zu einer Nuancierung dieser Regel kommt es, wenn der Schaden in einem Staat verursacht worden und in einem anderen Staat eingetreten ist; dann ist das in dem bereits genannten Urteil Mines de Potasse aufgestellte Kriterium anzuwenden. Somit ist, wenn eine nationale österreichische Marke durch die Produktion für den österreichischen Markt bestimmter gefälschter Waren in Deutschland verletzt wird, der Inhaber der Marke nicht gehindert, neben der Anrufung der Gerichte am Sitz des Beklagten auch Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 heranzuziehen mit dem Ziel, den Rechtsstreit in Deutschland zu führen (wo das für den Schaden ursächliche Geschehen stattgefunden hat) oder in Österreich (wo sich das Schadensereignis verwirklicht hat) [8].

22. Diese Lösung wird problematisch, wenn das schädigende Verhalten unter Rückgriff auf das technische Medium Internet erfolgt. In diesem Fall ist zu bedenken, dass die bloße Abrufbarkeit der schädigenden Information bereits einen Schaden hervorruft, was zu einer Vervielfachung der Gerichtsstände in allen Staaten der Union führen würde. Desgleichen würde die Person, die eine schädigende Information ins Netz stellt, als Verletzer handeln, was zu einer „Atomisierung“ des Ursprungsorts der Verletzung führen würde [9].

6 — Urteil vom 25. Oktober 2011 (C-509/09 und C-161/10, Slg. 2011, I-10269).

7 — Vgl. hierzu Virgós Soriano, M., und Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2. Aufl., Thomson-Civitas, 2007, S. 194 f., und Heinze, C., „The CLIP Principles on Jurisdiction“ in: Basedow, J., Kono, T., und Metzger, A. (Hrsg.), *Intellectual Property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, MatIPR 49, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 68 f.

8 — Zum Verletzungspotenzial eines Verhaltens bezüglich einer Marke in einem anderen Staat, wenngleich nicht im Kontext der gerichtlichen Zuständigkeit, siehe das Urteil vom 12. Juli 2011, L'Oreal (C-324/09, Slg. 2011, I-6011, Randnr. 63).

9 — Siehe Moura Vicente, D., *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, S. 398 bis 405.

23. Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof, wenn auch in Fällen, in denen es nicht um Rechte des geistigen Eigentums ging, wiederholt den Ansatz verworfen, dass die bloße Abrufbarkeit oder die bloße Weiterverbreitung einer schädigenden Information im Netz ausreichendes Gewicht besitzt, um zu einer Anwendbarkeit der Normen über die gerichtliche Zuständigkeit in der Verordnung Nr. 44/2001 zu führen [10].

24. Daher ist erneut darauf hinzuweisen, dass zur Bestimmung des Gebiets, in dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, bei einer Verwirklichung des Schadens über das Internet Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 im Einklang mit dem Urteil in der Rechtssache Mines de Potasse so auszulegen ist, dass er einerseits die Zuständigkeit der Gerichte des Ortes begründet, an dem das für den Schaden ursächliche Geschehen stattgefunden hat, und andererseits der Gerichte des Ortes, an dem der Schaden eingetreten ist, und zwar unter Heranziehung einiger besonderer Kriterien, die ich sogleich darlegen werde.

25. In Bezug auf den Ort, an dem der Schaden eintritt, habe ich bereits vorweggenommen, dass dieser Ort sich stets und auf jeden Fall in dem Staat befindet, in dem die Marke eingetragen ist, denn ein Schaden kann nur dort entstehen, wo auch rechtlicher Schutz besteht. Demnach reicht das Vorhandensein einer schädigenden Information im Internet nicht aus, um die Zuständigkeit der Gerichte des Staates der Eintragung zu begründen. Dazu ist es meiner Ansicht nach erforderlich, dass die fragliche Information geeignet ist, tatsächlich eine Verletzung der Marke herbeizuführen.

26. Ebenso lässt sich mit Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 die Zuständigkeit der Gerichte des Staates begründen, in dem das für den Schaden ursächliche Geschehen stattfindet. Im konkreten Kontext der Rechte des geistigen Eigentums ist dies meines Erachtens der Ort, an dem die erforderlichen Mittel eingesetzt wurden, um die tatsächliche Verletzung der Marke herbeizuführen. Dieses Kriterium knüpft weder an die Absichten des Verletzers noch an den Mittelpunkt der Interessen des Inhabers der verletzten Marke an, sondern an den Einsatz der genannten Mittel bei der Herbeiführung einer tatsächlichen Verletzung der Marke in einem anderen Mitgliedstaat über das Internet. Zweifelsohne wird dieser Ort in der Mehrzahl der Fälle mit dem Sitz des Beklagten zusammenfallen, aber es ist auch hervorzuheben, dass es Fälle geben kann, in denen der Sitz des Beklagten und der Ort, an dem das für den Schaden ursächliche Geschehen stattfindet, nicht in demselben Staat liegen.

27. Bei der Bestimmung sowohl des Orts des für den Schaden ursächlichen Geschehens als auch des Orts des Schadenseintritts ist es erforderlich, eine Reihe von Kriterien zu berücksichtigen, die die genaue Lokalisierung beider Ereignisse ermöglichen. Wie im Folgenden dargelegt wird, dienen die Kriterien, die ich sogleich aufzählen werde, zur Bestimmung sowohl des Ortes des für den Schaden ursächlichen Geschehens als auch des Ortes des Schadenseintritts, da sie sich auf tatsächliche Gegebenheiten beziehen, die auf beide Dimensionen des Ereignisses anwendbar sind.

28. Der grundlegende Faktor oder das grundlegende Element besteht darin, ob die im Internet verbreitete Information tatsächlich erwarten lässt, dass Auswirkungen im Gebiet des Staates eintreten, in dem die Marke eingetragen ist [11]. Es reicht nicht aus, dass der Inhalt der Information das Risiko einer Verletzung der Marke mit sich bringt, sondern es muss das Bestehen objektiver Umstände festgestellt werden, aus denen sich ein Verhalten ableiten lässt, das für sich genommen einen Auslandsbezug aufweist. Zu diesem Zweck können verschiedene Kriterien von Nutzen sein, etwa die Sprache, in der die Information gehalten ist, ihre Zugänglichkeit oder die wirtschaftliche Präsenz des Beklagten auf dem Markt, auf dem die nationale Marke geschützt ist.

10 — Urteil vom 7. Dezember 2010 (C-585/08 und C-144/09, Slg. 2010, I-12527). Ebenso wird in Randnr. 64 des Urteils L'Oreal der Ansatz verworfen, dass die bloße Abrufbarkeit ein rechtlich relevantes Element darstellt, allerdings im Kontext der materiellen Prüfung einer Markenrechtsverletzung und nicht der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit.

11 — In diese Richtung gehen z. B. das Urteil McBee vs. Delica Co., United States Court of Appeals, 1st Circuit, 417 F.3d 107 (2005), und der Beschluss des Tribunal de grande instance de Paris vom 16. Mai 2008, Rueducommerce c. Carrefour Belgium.

29. Gleichermaßen ist es erforderlich, den räumlichen Umfang des Marktes zu bestimmen, in dem die Beklagte aktiv ist und von wo aus die Information im Netz verbreitet wurde [12]. Zu diesem Zweck sind Umstände zu würdigen wie etwa die Top-Level-Domain, der Sitz und andere ortsbezogene Angaben auf der Website oder der Ort, an dem derjenige, der für die Information verantwortlich ist, das Operationszentrum seiner Aktivität im Netz hat.

30. Am Ende dieser Prüfung wird das Gericht zu dem Ergebnis kommen, ob die erforderlichen Mittel vorliegen, um *a priori* eine tatsächliche Verletzung einer Marke in einem anderen Mitgliedstaat über das Internet zu verursachen. Auf diese Weise ist es möglich, sowohl den Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens als auch den Ort des tatsächlichen Schadenseintritts zu bestimmen. Diese Lösung steht im Einklang mit dem gebietsbezogenen Charakter einer nationalen Marke, da nie aus den Augen verloren wird, dass die schädigende Wirkung in dem Staat eintritt, in dem das Recht geschützt ist. Zugleich ermöglicht sie dem Kläger, die Gerichte in denjenigen Staaten anzurufen, in denen ein enger Bezug zwischen dem schädigenden Geschehen und der Rechtsordnung besteht, ohne zu einer „Atomisierung" der Zuständigkeit zu führen, die den Sinn der Verordnung Nr. 44/2001 gefährden würde. Dem Vorstehenden lässt sich hinzufügen, dass es sich um eine Lösung handelt, die an die Besonderheiten der Rechte des geistigen Eigentums angepasst ist, aber dennoch mit dem Geist der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs im Einklang steht.

31. Es ist offenkundig, dass diese Prüfung eine Würdigung des Sachverhalts erfordert, die der materiellen Beurteilung der Rechtssache nahekommt, doch liegt auf der Hand, dass es sich um zwei unterschiedliche Ebenen handelt, die nicht verwechselt werden dürfen [13]. Das Kriterium der erforderlichen Mittel, das auf die Phase der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit beschränkt ist, knüpft nicht an die begangene und eingetretene Verletzung an, sondern an das *Verletzungspotenzial* eines bestimmten Verhaltens. Dieser Unterschied zwischen beiden Ebenen wird in der vorliegenden Rechtssache deutlich, denn man muss sich in Erinnerung rufen, dass sich das österreichische Gericht, das in zweiter Instanz mit dem Rechtsstreit befasst war, für zuständig erklärte und dann die Klage als unbegründet abwies.

2. Das vorgeschlagene Kriterium im Licht der Umstände der vorliegenden Rechtssache

32. Nachdem das Kriterium für die Auslegung des Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 herausgearbeitet wurde, werde ich, damit dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort gegeben werden kann, die Auswirkungen des Vorschlags unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles analysieren.

33. Da die Klägerin des Ausgangsverfahrens in Österreich Inhaberin der Marke „Wintersteiger" ist, ermöglichen die zuvor dargelegten Kriterien die Heranziehung von Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 zur Begründung der Zuständigkeit der österreichischen Gerichte. Ist nämlich erst einmal festgestellt worden, dass die erforderlichen Mittel eingesetzt wurden, um gegebenenfalls eine tatsächliche Verletzung der Marke herbeizuführen, so ist die Zuständigkeit der Gerichte des Ortes zu bejahen, an dem das für den Schaden ursächliche Geschehen stattgefunden hat, aber auch der Gerichte des Ortes, an dem sich der Schaden verwirklicht hat; dies sind die Gerichte des Schutzstaats der Marke, im konkreten Fall die österreichischen Gerichte.

34. Aus den Akten geht hervor, dass Products 4U ein weltweit tätiges Unternehmen mit Sitz in Deutschland ist. Gleichwohl befindet sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten in Deutschland, und bestimmte Werbemaßnahmen beschränken sich auf dieses Gebiet, so auch die Buchung bestimmter „Schlüsselworte" bei Google. Die von der Beklagten in Auftrag gegebene Schaltung des „Schlüsselworts" „Wintersteiger" war auf die von Google angebotenen Suchdienste der gebietsbezogenen deutschen Top-Level-Domain (.de) beschränkt.

12 — Siehe z. B. das Urteil Zippo Manufacturing Company vs. Zippo Dot Com, Inc., United States District Court, W.D. Pennsylvania, 952 F. Supp 1119, und das Urteil des französischen Cour de Cassation vom 11. Januar 2005, Société Hugo Boss c. Société Reemstma Cigarettenfabriken GMBH.

13 — Siehe das Urteil vom 15. Mai 1990, Kongress Agentur Hagen (C-365/88, Slg. 1990, I-1845, Randnrn. 12 ff).

35. Die Möglichkeit der Verletzung der österreichischen Marke liegt auf der Hand.

36. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Google France bestätigt hat – dabei handelte es sich um ein Vorabentscheidungsersuchen, das die materielle Seite einer Markenrechtsverletzung und nicht die gerichtliche Zuständigkeit betraf –, kann die Funktion einer Marke beeinträchtigt sein, „wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen Schlüsselworts die Anzeige eines Dritten, z. B. eines Mitbewerbers des Inhabers der Marke, gezeigt wird“ [14]. Zwar heißt es im Urteil Google France weiter, dass die Verletzung gleichwohl davon abhängt, wie die Anzeige gestaltet ist. Jedenfalls ist aber die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt, „wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen“ [15].

37. Es ist zu beachten, dass sich die soeben angeführte Rechtsprechung auf tatsächlich erfolgte Eingriffe durch die Schaltung von „Schlüsselworten“ bezieht. In unserem Fall, in dem es allein um die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit geht, müssen wir dagegen ausschließlich auf das Verletzungspotenzial abstellen, wie ich bereits in Nr. 31 dieser Schlussanträge ausgeführt habe. Aus dieser Perspektive scheint klar zu sein, dass die Schaltung eines auf die Top-Level-Domain „.de“ beschränkten, in deutscher Sprache verfassten und in Österreich, einem Nachbarland von Deutschland, zugänglichen „Schlüsselworts“ *a priori* geeignet ist, eine tatsächliche Verletzung der österreichischen Marke herbeizuführen.

38. Wie die Klägerin in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, vermag nämlich der Umstand, dass die Schaltung des „Schlüsselworts“ eine auf Deutschland beschränkte geografische Dimension haben soll, keineswegs zu verhindern, dass die österreichischen Kunden der Marke Wintersteiger den unter Google.de angebotenen Suchdienst verwenden, sei es von Österreich oder von Deutschland aus. Dass der Markt der Klägerin international ist und dass ihre deutsche Mitbewerberin von einem Nachbarstaat aus und durch ein Mittel wie Google.de tätig wird, auf das in Österreich frei zugegriffen werden kann und das dieselbe Sprache verwendet, ist ein für die Auswirkungen, die das Verhalten der Beklagten auf die Marke „Wintersteiger“ in Österreich objektiv hat, sehr aufschlussreicher Umstand.

39. Auch die Tatsache, dass das „Schlüsselwort“ „Wintersteiger“ einen Link enthält, der den Nutzer direkt auf die Website der Beklagten leitet, ohne jeden Hinweis darauf, dass es sich um eine nationale Marke eines österreichischen Unternehmens handelt, ist ein weiterer Faktor, der objektiv dazu beitragen kann, dass der Nutzer, der in Österreich ohne jede Einschränkung auf Google.de zugreifen kann, beide Firmen, die Mitbewerber auf dem europäischen Binnenmarkt sind, verwechselt.

40. Infolgedessen bin ich der Ansicht, dass die Beklagte unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache die erforderlichen Mittel eingesetzt hat, damit objektiv eine tatsächliche Verletzung der in Österreich eingetragenen Marke eintreten konnte. Daher ist für die Zwecke von Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, nicht nur Deutschland als Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens, sondern auch Österreich, da die Beklagte sich in einer Weise verhalten hat, die *a priori* geeignet ist, die österreichische Marke zu schädigen.

14 — Urteil vom 23. März 2010 (C-236/08, C-237/08 und C-238/08, Slg. 2010, I-2417, Randnr. 83).

15 — Urteil Google France, Randnrn. 84 und 99 sowie Nr. 1 des Tenors.

IV – Ergebnis

41. Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Obersten Gerichtshof (Österreich) vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 ist für den Fall des Vorliegens eines Verhaltens über das Internet, das geeignet ist, eine in einem Mitgliedstaat eingetragene nationale Marke zu verletzen, dahin auszulegen, dass er eine gerichtliche Zuständigkeit begründet für

— die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die Marke eingetragen ist,

— und die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die erforderlichen Mittel eingesetzt werden, um eine tatsächliche Verletzung einer in einem anderen Mitgliedstaat eingetragenen Marke herbeizuführen.