Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
JEAN RICHARD DE LA TOUR
vom 5. September 2024[1]

Rechtssache C-526/23

VariusSystems digital solutions GmbH
gegen
GR Inhaberin B & G

(Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs [Österreich])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 – Gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen – Besondere Zuständigkeit, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden – Art. 7 Nr. 1 Buchst. b – Erbringung von Dienstleistungen – Software, die in einem Mitgliedstaat entwickelt und betrieben wird und an die individuellen Bedürfnisse eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Nutzers angepasst ist – Erfüllungsort“

I. Einleitung

1. Die Nutzung von Software[2] und des Internets sowohl durch Geschäftsleute als auch durch Privatpersonen ist heutzutage allgegenwärtig. Auch die Dienstleistung, die darin besteht, eine an spezifische berufliche Bedürfnisse angepasste Software zu entwickeln, kommt in der Praxis häufig vor. In diesem Bereich geht es um wirtschaftliche Interessen von großer Tragweite.

2. Es ist daher überraschend, dass der Gerichtshof im Rahmen von Streitigkeiten mit Auslandsbezug, die die Erbringung von Online-Computerdiensten zum Gegenstand haben, bislang noch nie mit einem Vorabentscheidungsersuchen befasst wurde, das die in Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012[3] vorgesehene optionale internationale Zuständigkeit in Vertragsangelegenheiten betrifft.

1 Originalsprache: Französisch.

2 Laut der Website https://www.culture.fr/franceterme, die den von der Commission d’enrichissement de la langue française (Kommission zur Bereicherung der französischen Sprache) empfohlenen und im *Journal Officiel de la République française* (im Folgenden: JORF) veröffentlichten Begriffen gewidmet ist, bezeichnet der Begriff „logiciel“ (Software) die „Gesamtheit der Programme, Verfahren und Regeln und gegebenenfalls der Dokumentation, die sich auf die Funktionsweise einer Datenverarbeitungsanlage beziehen“. Diese Website weist darauf hin, dass das englische Äquivalent zu „logiciel“ „software“ ist. Vgl. Anhang zu JORF Nr. 220 vom 22. September 2000 (S. 42063).

3 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2012, L 351, S. 1).

3. Diese Feststellung lässt sich meines Erachtens durch die in der Vertragspraxis dieses Tätigkeitsbereichs üblichen Gerichtsstands- oder Rechtswahlklauseln erklären [4].

4. Das Fehlen jeglicher Vereinbarung im Ausgangsverfahren bietet dem Gerichtshof daher die Gelegenheit, die Anknüpfungskriterien für die Feststellung des zuständigen Gerichts zu präzisieren und folgenden Widerspruch zu überwinden: Wie ist die optionale internationale Zuständigkeit auszulegen, die auf einer konkreten Lokalisierung der Erbringung einer Dienstleistung beruht, wenn diese über das Internet erfolgt? Anders ausgedrückt: Wie lässt sich das vom Unionsgesetzgeber herangezogene materielle Kriterium in einem immateriellen Kontext definieren?

5. Diese Problematik ist für den Gerichtshof zwar nicht neu, wie aus seiner Rechtsprechung zur optionalen Zuständigkeit bei unerlaubten Handlungen hervorgeht. Diese Rechtsprechung beruht jedoch auf Ansätzen, die sich auf Vertragsangelegenheiten nicht übertragen lassen. Zur Debatte steht somit die konkrete Alternative, wie sie vom Obersten Gerichtshof (Österreich), dem vorlegenden Gericht, in Betracht gezogen wird: Ist beim Fehlen vertraglicher Bestimmungen der Ort der Entwicklung der Software oder der Ort ihres Einsatzes maßgeblich?

6. Ich werde die Gründe darlegen, aus denen ich in diesem besonderen Kontext von IT-Dienstleistungen, die über ein offenes Netz wie das Internet erbracht werden, der Ansicht bin, dass als Kriterium der Ort herangezogen werden sollte, an dem sich die Dienstleistung für den Nutzer konkretisiert [5].

II. Rechtlicher Rahmen

7. In den Erwägungsgründen 15 und 16 der Verordnung Nr. 1215/2012 heißt es:

„(15) Die Zuständigkeitsvorschriften sollten in hohem Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten. Diese Zuständigkeit sollte stets gegeben sein außer in einigen genau festgelegten Fällen, in denen aufgrund des Streitgegenstands oder der Vertragsfreiheit der Parteien ein anderes Anknüpfungskriterium gerechtfertigt ist. …

(16) Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten sollte durch alternative Gerichtsstände ergänzt werden, die entweder aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit oder im Interesse einer geordneten Rechtspflege zuzulassen sind. Das Erfordernis der engen Verbindung soll Rechtssicherheit schaffen und verhindern, dass die Gegenpartei vor einem Gericht eines Mitgliedstaats verklagt werden kann, mit dem sie vernünftigerweise nicht rechnen konnte. …“

[4] Vgl. hierzu El Hage, Y., *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, Bibliothèque de droit privé, Bd. 617, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2022, Nr. 123 Abs. 2 (S. 102) sowie Nr. 170 (S. 138) und Nr. 515 (S. 427). Zu den daher zu berücksichtigenden relativen Auswirkungen der künftigen Entscheidung vgl. Nr. 614 Abs. 3 (S. 500).

[5] Ich möchte gleich zu Beginn darauf hinweisen, dass dieser Standpunkt weitgehend auf der eingehenden Analyse der Fragen des Internationalen Privatrechts in Bezug auf Cyberverträge beruht, die El Hage, Y., a. a. O., vorgelegt hat, sowie auf seiner Darlegung der Relevanz der vorgeschlagenen Lösung, die durch zahlreiche Verweise auf die Lehre oder die Rechtsprechung in verschiedenen Sprachfassungen untermauert wird. Vgl. insbesondere Nr. 616 (S. 500 bis 502).

8. Art. 4 Abs. 1 dieser Verordnung sieht vor:

„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. Art. 7 Nr. 1 dieser Verordnung bestimmt:

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

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".

III. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefrage

10. Die VariusSystems digital solutions GmbH[6], die ihren Sitz in Wien (Österreich) hat, ist im Bereich der IT-Dienstleistungen tätig. Sie entwickelte für die in Deutschland ansässige GR, Inhaberin des Unternehmens B & G, eine Software, die die Auswertung von Covid-19-Tests gemäß den Vorgaben des deutschen Gesetzgebers ermöglichte und zum Einsatz in deutschen Testzentren bestimmt war[7]. Der Vertrag hatte die Entwicklung[8] der Software und ihren Einsatz[9] in Deutschland zum Gegenstand. Die Parteien des Ausgangsverfahrens schlossen keinen schriftlichen Vertrag und vereinbarten für den Fall einer Streitigkeit weder ein zuständiges Gericht noch einen Erfüllungsort.

11. VariusSystems verlangt von GR die Zahlung von insgesamt 101 587,68 Euro zuzüglich Zinsen für die Zeit vom 1. Januar 2022 bis zum 3. Juni 2022, der der Rechnungsstellung für jeden durchgeführten Covid-19-Test entspricht. Sie stützte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte auf Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012, weil sie die

6 Im Folgenden: VariusSystems.

7 Aus der vom vorlegenden Gericht übermittelten Akte geht hervor, dass die von GR über das Internet eingesetzte Software die Aufzeichnung und Verarbeitung von Screeningtests ermöglichte. Das vorlegende Gericht spricht von „Distanzdienstleistungen". Siehe Nr. 19 der vorliegenden Schlussanträge.

8 Nach dem Vokabular der Informatik (vgl. als Beispiel die unter folgender Internetadresse verfügbaren Definitionen: https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/) umfasst dieser Begriff unter anderem die folgenden Aktivitäten: Softwaredesign, Programmierung, Testphase, Bereitstellung und Wartung. Der für die Entwicklung Verantwortliche wird als „Hersteller" bezeichnet.

9 Dieser Begriff umfasst die Tätigkeit, die darauf abzielt, die Funktionsfähigkeit der Software zu gewährleisten, und sich von der Entwicklung unterscheidet.

Software zwar speziell für die individuellen Bedürfnisse des Unternehmens von GR zur Verwendung in Deutschland angepasst und entwickelt habe, alle diese Arbeiten jedoch in Wien durchgeführt worden seien.

12. Aus der vom vorlegenden Gericht übermittelten Akte geht hervor, dass der Streit zwischen den Parteien auf von GR behauptete Mängel der bereitgestellten Software zurückgeht, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des deutschen Gesetzgebers und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (Deutschland) über die Abrechnung von Screeningtests sowie die Modalitäten der Übermittlung der Testzertifikate an die Anwendung „Corona-Warn-App“.

13. GR erhob die Einrede der internationalen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie macht geltend, dass in dem in Rede stehenden Vertrag die charakteristische Leistung der Einsatz einer Betriebssoftware sei, die den für deutsche natürliche Personen in Deutschland geltenden Vorschriften des deutschen Gesetzgebers entspreche, und leitet daraus ab, dass der maßgebliche Erfüllungsort ihr Geschäftssitz sei.

14. Das Landesgericht Wien (Österreich) verneinte seine internationale Zuständigkeit und wies die Klage ab. Es stufte den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als „Kaufvertrag“ ein, dessen Erfüllungsort der Sitz des Unternehmens von GR in Deutschland sei.

15. Das Oberlandesgericht Wien (Österreich) bestätigte diese Entscheidung, führte jedoch aus, dass von einer „Erbringung von Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012 auszugehen sei, zumal die Software speziell für die individuellen Bedürfnisse des Unternehmens von GR gemäß den Vorgaben des deutschen Gesetzgebers habe angepasst und entwickelt werden müssen. In der Erwägung, dass Dienstleistungen, die sich nicht auf einen bestimmten Ort bezögen, dort erbracht würden, wo sie den Gläubiger der Dienstleistungen erreichten, stellte dieses Gericht fest, dass sich dieser Ort im vorliegenden Fall in Deutschland befinde, wo die individuell an die deutschen Verhältnisse anzupassende Software abrufbar gewesen sei, was die charakteristische Leistung des Vertrags darstelle.

16. VariusSystems legte daraufhin Revisionsrekurs beim Obersten Gerichtshof ein, der ebenfalls der Ansicht ist, dass auf die Entwicklung von Individualsoftware Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012 anzuwenden sei.

17. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts ist der Ort zu bestimmen, an dem die Dienstleistung hauptsächlich erbracht worden sei[10], was dazu führe, dass als Erfüllungsort von Softwareentwicklungsverträgen auf den Ort abzustellen sei, an dem die geistige Leistung erbracht werde, und nicht auf den Ort des Abrufs und Einsatzes der Software.

18. Das vorlegende Gericht hegt jedoch Zweifel an der Richtigkeit dieser Lösung, weil Teile der Literatur die Auffassung verträten, dass eine Dienstleistung, die sich nicht auf einen bestimmten Ort beziehe, dort erbracht werde, wo sie den Gläubiger der Dienstleistung erreiche.

19. Es führt aus, dass im vorliegenden Fall die in Österreich erbrachte geistige Leistung ohne ihren Abruf und Einsatz in Deutschland keinen eigenständigen Wert habe, zumal VariusSystems geltend mache, dass sich die Vergütung nach der Zahl der erfolgreich durchgeführten Tests

[10] Das vorlegende Gericht bezieht sich insoweit auf das Urteil vom 11. März 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger (C-19/09, im Folgenden: Urteil Wood Floor, EU:C:2010:137, Rn. 38 und 40).

richten solle. Es fügt hinzu, dass die Gerichte am Einsatzort der Software aufgrund der Sach- und Beweisnähe besser geeignet sein dürften, über inhaltliche Fragen der Vertragserfüllung zu entscheiden. Das vorlegende Gericht fragt sich daher, ob für die Bestimmung des Erfüllungsorts bei Distanzdienstleistungen, um die es im vorliegenden Fall gehe, der Ort maßgeblich sei, an dem der Dienstleister tätig geworden sei, oder der Ort, für den die Dienstleistung erbracht worden sei bzw. wo sie den Gläubiger erreicht habe.

20. Unter diesen Umständen hat der Oberste Gerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 dahin auszulegen, dass sich bei einer Klage aus Vertrag der Erfüllungsort für die Entwicklung und den laufenden Betrieb einer auf die individuellen Bedürfnisse einer im Mitgliedstaat A (hier: Deutschland) ansässigen Bestellerin ausgerichteten Software an dem Ort befindet

a) an dem die hinter der Software stehende geistige Schöpfung („Programmierung“) durch das im Mitgliedstaat B (hier: Österreich) ansässige Unternehmen erbracht wird, oder

b) an dem die Software die Bestellerin erreicht, also abgerufen und zum Einsatz gebracht wird?

21. VariusSystems, GR und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

IV. Würdigung

22. Dem Gerichtshof wird eine bislang ungeklärte Frage zur Auslegung von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 im Zusammenhang mit der Lieferung einer Software vorgelegt, die von einem Hersteller in einem Mitgliedstaat entwickelt und betrieben wurde, um den spezifischen Bedürfnissen eines Nutzers in einem anderen Mitgliedstaat zu entsprechen.

23. Zunächst ist auf die Einstufung des Vertrags einzugehen. Aufgrund der Merkmale der in Rede stehenden vertraglichen Verpflichtungen [11] teile ich die sowohl von den Verfahrensbeteiligten als auch vom vorlegenden Gericht vertretene Auffassung, dass der betreffende Vertrag unter den Begriff „Erbringung von Dienstleistungen“ fällt.

24. Insoweit ist nämlich auf die im Urteil vom 14. September 2023, EXTÉRIA [12], aufgestellten Grundsätze und die im Urteil vom 25. Februar 2010, Car Trim [13], definierten Kriterien abzustellen. Sie ermöglichen die Entscheidung zwischen zwei Einstufungen des Vertrags, nämlich der als „Verkauf beweglicher Sachen“ und der als „Erbringung von Dienstleistungen“ [14]. So muss nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs untersucht werden, welche Verpflichtung für den betreffenden Vertrag charakteristisch ist und was die Gegenleistung für

[11] Vgl. zur Notwendigkeit, eine vertragliche Verpflichtung festzustellen, wenn kein schriftlicher Vertrag vorliegt, Urteil vom 14. Juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, Rn. 24).

[12] C-393/22, EU:C:2023:675, Rn. 23 bis 25 und 34 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

[13] C-381/08, im Folgenden: Urteil Car Trim, EU:C:2010:90, Rn. 31 und 32 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

[14] Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof befunden hat, dass Argumente in Bezug auf den Begriff „Dienstleistungen“, die sich auf Art. 57 AEUV sowie auf die unionsrechtlichen Mehrwertsteuerrichtlinien oder andere Regelungen des abgeleiteten Rechts als der im Bereich der Zusammenarbeit in Zivilsachen einschlägigen Verordnung Nr. 1215/2012 stützen, zurückzuweisen sind. Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. April 2009, Falco Privatstiftung und Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257, Rn. 33 bis 40). Hinsichtlich der Kollisionsnormen vgl. Urteil vom 25. Oktober 2011, eDate Advertising u. a. (C-509/09 und C-161/10, EU:C:2011:685, Rn. 62 und 63).

ihre Erfüllung ist. Im vorliegenden Fall bestand die Tätigkeit von VariusSystems darin, eine an die Bedürfnisse des Unternehmens von GR angepasste Software zu erstellen und deren Betrieb zu gewährleisten. Es handelt sich um Dienstleistungen, die gegen eine von GR für jede Nutzung zu zahlende Vergütung erbracht wurden [15]. Die Kriterien für eine „Erbringung von Dienstleistungen" im Sinne von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012 sind somit erfüllt [16].

25. Folglich ist zu prüfen, wie die einzige Vorlagefrage zu beantworten ist, mit der das vorlegende Gericht den Gerichtshof im Wesentlichen fragt, ob der Erfüllungsort eines Vertrags über die „Erbringung von Dienstleistungen" im Sinne von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012 im Fall der Online-Bereitstellung [17] einer Software als der Ort zu bestimmen ist, an dem diese von einem IT-Dienstleistungsunternehmen entwickelt [18] wurde, oder aber als der Ort, an dem sie von seinem Kunden eingesetzt wurde.

26. In Ermangelung von Anhaltspunkten, die aus vertraglichen Bestimmungen abgeleitet werden könnten, um den Erfüllungsort des Vertrags zu bestimmen, und in Ermangelung einer Vereinbarung oder eines sonstigen Dokuments [19] muss die Antwort auf diese Frage auf den folgenden zwei Haupterwägungen beruhen, auf die der Gerichtshof kürzlich hingewiesen hat [20]:

– Die in Art. 7 Nr. 1 der Verordnung Nr. 1215/2012 für Verfahren, die einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, vorgesehene besondere Zuständigkeitsregel, die durch die enge Verknüpfung von Vertrag und zur Entscheidung berufenem Gericht gerechtfertigt ist, ergänzt die allgemeine Regel der Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Beklagten, und

– das Anknüpfungskriterium für diesen Vertrag, das autonom als der Ort in einem Mitgliedstaat definiert wird, an dem die Dienstleistungen nach diesem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen, wurde gewählt, um die Ziele der Vereinheitlichung und Vorhersehbarkeit der Gerichtsstandsregeln und damit der Rechtssicherheit zu stärken.

15 Siehe Nr. 11 der vorliegenden Schlussanträge.

16 Vom vorliegenden Fall abgesehen, in dem die Erbringung von Dienstleistungen ohnehin außer Zweifel steht (vgl. in diesem Sinne El Hage, Y., a. a. O., Nr. 56, S. 59), halte ich die Personalisierung der Software nicht in allen Fällen für das entscheidende Kriterium. Die Bereitstellung von Standardsoftware kann mit Wartungs- oder Betriebsdiensten oder auch mit dem Zugang über ein Netzwerk, wie das Internet, einhergehen. Im Allgemeinen ist es die Bereitstellung der Funktionen der Software, die die erbrachte Dienstleistung kennzeichnet. Vgl. zur „Bereitstellung digitaler Inhalte mittels eines physischen Datenträgers" El Hage, Y., a. a. O., Nr. 55 (S. 56). In diesem Sinne steht meine Analyse nicht im Widerspruch zu den Urteilen vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 61), und vom 16. September 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, Rn. 38). Zwar hat der Gerichtshof im letztgenannten Urteil unter Verweis auf das Urteil UsedSoft entschieden, dass „die Veräußerung eines Computerprogramms auf CD-ROM oder DVD und die Veräußerung eines solchen Programms durch Herunterladen aus dem Internet wirtschaftlich gesehen vergleichbar sind, da die Online-Übertragung funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers entspricht". Abgesehen davon, dass diese Analyse im Rahmen von Situationen erfolgte, die durch das abgeleitete Recht zum Rechtsschutz von Computerprogrammen bzw. zu selbständigen Handelsvertretern geregelt sind, ist jedoch meines Erachtens davon auszugehen, dass sie allein auf den Kaufgegenstand abstellt, ohne etwaige Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für dessen Nutzung unerlässlich sind.

17 Ich verwende diesen Begriff in Anbetracht der in Fn. 7 der vorliegenden Schlussanträge getroffenen Feststellungen.

18 Dieser Begriff entspricht der Bedeutung von Buchst. a der Frage des vorlegenden Gerichts. Siehe die Definition in Fn. 8 der vorliegenden Schlussanträge und zu den daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen Nr. 44 dieser Schlussanträge.

19 Vgl. zu dieser Voraussetzung Urteile Car Trim (Rn. 54) und Wood Floor (Rn. 38) sowie vom 10. September 2015, Holterman Ferho Exploitatie u. a. (C-47/14, EU:C:2015:574, Rn. 60 bis 62).

20 Vgl. Urteil vom 14. September 2023, EXTÉRIA (C-393/22, EU:C:2023:675, Rn. 29 und 30 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

27. Mit anderen Worten beruht diese besondere Zuständigkeitsregel, die so konzipiert ist, dass sie von der allgemeinen Zuständigkeitsregel unterschieden werden muss, auf einem rein faktischen Kriterium, das zur Bestimmung eines in direktem Zusammenhang mit dem Fall stehenden Gerichts führt, um den Anforderungen einer geordneten Rechtspflege gerecht zu werden [21].

28. Diese Logik und dieser Zweck lassen mich in Bezug auf die Erbringung von Online-Dienstleistungen durch ein IT-Dienstleistungsunternehmen und in Ermangelung jeder Entscheidung des Unionsgesetzgebers in einem solchen immateriellen Bereich zu der Auffassung gelangen, dass das angemessene Anknüpfungskriterium der Ort der tatsächlichen Erfüllung dieses Vertrags ist [22], d. h. der Ort, von dem aus der Kunde konkret auf die Online-Dienstleistung zugreift, oder, anders ausgedrückt, der „Ort der bedeutendsten Auswirkungen der Online-Tätigkeit“ [23] oder auch der „Ort der endgültigen Erbringung der Dienstleistung“ [24].

29. Vier Arten von Argumenten, die sich auf den Wortlaut, die Rechtsprechung, die Praxis und das anwendbare Recht beziehen, sprechen für die Wahl des Kriteriums der Nutzung der Dienstleistung anstelle des Kriteriums ihrer Entstehung.

30. Als Erstes lässt sich ein Wortlautargument anführen, das aus der Formulierung „der Ort …, an dem [die Dienstleistungen] nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen“ hergeleitet wird [25]. Die Erbringung [26] einer Dienstleistung muss daher von ihrer Konzeption unterschieden werden.

31. Als Zweites hat sich der Gerichtshof für den in Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 nicht vorgesehenen Fall, dass sich aus dem Vertrag keine Kriterien ableiten lassen, bei Versendungskäufen für das Kriterium des „endgültigen Bestimmungsorts“ dieses Vorgangs entschieden [27]. Bei der Erbringung von Dienstleistungen wird im Fall mehrerer Erfüllungsorte der für einen solchen Vertrag charakteristischen Verpflichtung, wenn sich auf der Grundlage dieses Vertrags der Ort der hauptsächlichen Leistungserbringung nicht bestimmen lässt [28], hilfsweise der Ort herangezogen, an dem die zur Erfüllung des Vertrags entfalteten Tätigkeiten hauptsächlich vorgenommen werden [29]. Der Gerichtshof hat die Wahl des Kriteriums der

[21] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Mai 2007, Color Drack (C-386/05, im Folgenden: Urteil Color Drack, EU:C:2007:262, Rn. 40), sowie Urteil Car Trim (Rn. 52 und 53 zur Entstehungsgeschichte der dem Art. 7 der Verordnung Nr. 1215/2012 entsprechenden Bestimmungen sowie zum Ausschluss des Rückgriffs u. a. auf die Regeln des Internationalen Privatrechts des Staats des angerufenen Gerichts).

[22] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. März 2018, Saey Home & Garden, (C-64/17, im Folgenden: Urteil Saey Home & Garden, EU:C:2018:173, Rn. 45).

[23] Vgl. El Hage, Y., a. a. O., Nr. 502 (S. 417). In Nr. 517 (S. 428) wird dieser Ort als der Ort definiert, „von dem aus der Kunde tatsächlich in den Genuss des Ergebnisses der Dienstleistung kommt“. Vgl. auch für eine Zusammenfassung des Ansatzes, der sowohl für Cyberverträge als auch für Cyberdelikte gilt, Nr. 715 (S. 592) dieses Werks.

[24] Vgl. Sindres, D., „Compétence judiciaire, Reconnaissance et Exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence. – Option de compétence en matière contractuelle. – Article 7, [sect] 1, du règlement (UE) n° 1215/2012“, *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Paris, 1. Januar 2022, Heft 584-130, Rn. 71 Abs. 1 und 2, in der ebenfalls der Ausdruck „endgültiger Bestimmungsort“ der Dienstleistungen oder der Leistung verwendet wird.

[25] Vgl. Sindres, D., a. a. O., Rn. 71 Abs. 3.

[26] Der Begriff „Erbringung“ wird hier dahin verstanden, dass jemandem etwas bereitgestellt wird, und zwar im Sinne von liefern, verschaffen, geben, mit etwas versorgen, und nicht etwa im Sinne von „Anstrengungen unternehmen“.

[27] Vgl. Urteil Car Trim (Rn. 62).

[28] Vgl. Urteil Wood Floor (Rn. 38).

[29] Vgl. Urteil Wood Floor (Rn. 40). Vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 10. September 2015, Holterman Ferho Exploitatie u. a. (C-47/14, EU:C:2015:574, Rn. 64).

tatsächlichen Erfüllung des Vertrags [30] im Urteil Saey Home & Garden [31] bestätigt. Die Wahl des Kriteriums der Endnutzung des Online-Diensts stünde somit im Einklang mit dieser Rechtsprechung [32], die meines Erachtens nicht allein auf Fälle beschränkt werden sollte, in denen die Dienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten erbracht werden [33].

32. Ich stelle jedoch fest, dass aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch gegenteilige Ansichten abgeleitet werden.

33. Erstens betrifft die Erörterung, wie aus dem Vorabentscheidungsersuchen und den Akten hervorgeht, das im Urteil Wood Floor herangezogene Kriterium, wonach der Ort gemeint ist, an dem der Dienstleister seine Tätigkeit hauptsächlich verrichtet, was dazu führen würde, im vorliegenden Fall den Ort zu bevorzugen, an dem die geistige Leistung erbracht wurde.

34. Meiner Ansicht nach ergibt sich sowohl aus dem Urteil Wood Floor als auch aus dem Urteil Saey Home & Garden, die in Ermangelung vertraglicher Bestimmungen auf dem Kriterium der tatsächlichen Vertragserfüllung beruhen, dass der Ort zu bestimmen ist, an dem sich die Erbringung der Dienstleistung konkretisiert. So ist im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Handelsvertreter, ebenso wie im Verhältnis zwischen einem Lieferanten und einem Vertriebshändler im Rahmen eines Vertriebsvertrags, als Gerichtsstand der Ort bestimmt worden, an dem der wesentliche Teil der Tätigkeit entfaltet wird, der im ersten Fall darin besteht, dass der Vertreter für Rechnung des Unternehmers verschiedene Dienstleistungen zur Vorbereitung, zur Vermittlung und gegebenenfalls zum Abschluss von Handelsgeschäften erbringt [34], und im zweiten Fall darin, den Vertrieb der Produkte des Lieferanten sicherzustellen [35].

35. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass diese Entscheidungen im Hinblick auf besondere Umstände getroffen wurden, die sich aus der Lokalisierung der Tätigkeiten in mehreren Mitgliedstaaten ergaben, und dass sie sich somit eng an das Urteil Color Drack anlehnen [36], in dem es um den Verkauf von Waren ging, die an verschiedene Orte in ein und demselben Mitgliedstaat geliefert wurden [37], sowie an das Urteil vom 9. Juli 2009, Rehder [38], das einen Fall der Erbringung von Dienstleistungen in zwei Mitgliedstaaten betraf [39].

36. Es würde die Tragweite dieser Rechtsprechung überspannen, aus ihr abzuleiten, dass der Ort der Erbringung der Dienstleistung *in allen Fällen* der Ort ist, an dem der Schuldner der Leistung diese erbringt. Zum einen hat der Gerichtshof nämlich konkrete Aspekte benannt, die für die Bestimmung des Orts der Leistungserbringung hilfreich sind und die das nationale Gericht je nach Lage des ihm zur Beurteilung vorgelegten Falls heranzuziehen hat [40].

30 Vgl. zuvor Urteil Wood Floor (Rn. 41).

31 Vgl. Urteil Saey Home & Garden (Rn. 45).

32 Zu dieser Analogie vgl. Fawcett, J., Harris, J. und Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, angeführt von El Hage, Y., a. a. O., Nr. 528 (S. 436 und 437).

33 Vgl. in diesem Sinne auch Sindres, D., a. a. O., Rn. 76 Abs. 6.

34 Vgl. in diesem Sinne Urteil Wood Floor (Rn. 35 und 38).

35 Vgl. in diesem Sinne Urteil Saey Home & Garden (Rn. 43 und 45).

36 Vgl. Urteil Wood Floor (Rn. 22 sowie 25 und 26).

37 Vgl. Urteil Color Drack (Rn. 8).

38 C-204/08, EU:C:2009:439.

39 Vgl. Urteil vom 9. Juli 2009, Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, Rn. 2).

40 Vgl. in diesem Sinne Urteil Wood Floor (Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

37. Zum anderen spiegelt diese Rechtsprechung meines Erachtens das Bestreben wider, zur Lokalisierung der Tätigkeit einem wirtschaftlichen Ansatz zu folgen, um den Anforderungen an die räumliche Nähe und Vorhersehbarkeit bestmöglich gerecht zu werden. Dieser Ansatz erscheint mir besonders geeignet für IT-Dienstleistungen, die online ausgeführt werden, da sie immateriell sind, solange der Empfänger noch keinen Zugang zu ihnen hat.

38. Zweitens lässt sich aufgrund dieses immateriellen Charakters [41] auch argumentieren, dass sich der Gerichtshof bereits mit einem ähnlichen Fall befasst habe, nämlich dem eines Vertrags über einen von einem Bankinstitut gewährten Kredit [42]. In der Erwägung, dass die charakteristische Verpflichtung dieses Vertrags die Gewährung der Kreditsumme ist, während die Verpflichtung des Kreditnehmers zur Rückzahlung dieser Summe nur die Folge der Erfüllung der Leistung des Kreditgebers ist, hat der Gerichtshof entschieden, dass der Ort, an dem die Dienstleistungen erbracht wurden, im Sinne von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1215/2012 bei Gewährung eines Kredits durch ein Kreditinstitut der Ort ist, an dem sich der Sitz dieses Instituts befindet [43].

39. Hierzu stelle ich fest, dass der Gerichtshof die Merkmale der von einer Bank erbrachten Dienstleistungen berücksichtigt hat, die sich nicht auf einen bestimmten Ort bezogen, und dass er sich nicht zu einem Fall äußern musste, in dem eine Banküberweisung auf ein Konto in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Sitzes dieses Instituts getätigt wurde [44].

40. Aus diesen Gründen lässt sich die im Urteil Kareda gewählte Lösung meines Erachtens nicht auf den Fall der Online-Bereitstellung von Software übertragen, erst recht nicht in einem grenzüberschreitenden Kontext.

41. Was als Drittes die praktischen Erwägungen betrifft, die ebenfalls als Grundlage der Erörterung dienen, ist das Argument, wonach im Wesentlichen die charakteristische Verpflichtung eines Vertrags über die Erbringung von Online-Dienstleistungen nur die Verpflichtung des Anbieters zum Hochladen („Upload“) digitaler Inhalte sein könne, nach meiner Auffassung zurückzuweisen, weil der Ort dieser Erbringung nicht vom Tätigwerden des Kunden abhängen kann [45]. In diesem Fall sollte der Ort gewählt werden, von dem aus der Dienstleistungserbringer seine Tätigkeit konkret entfaltet.

[41] Diesen Aspekt betont Mailhé, F., in seinem Kommentar zum Urteil vom 15. Juni 2017, Kareda (C-249/16, im Folgenden: Urteil Kareda, EU:C:2017:472), in: Payan, G., *Espace judiciaire civil européen*: *Arrêts de la CJUE et commentaires*, Collection „Droit de l’Union européenne“, Bruylant, Brüssel, 2020, Rn. 372 (S. 315).

[42] Vgl. zur Erwägung einer solchen Hypothese Sindres, D., a. a. O., Rn. 71 Abs. 11.

[43] Vgl. Urteil Kareda (Rn. 42).

[44] Vgl. Urteil Kareda (Rn. 18, 41 und 42).

[45] Vgl. in diesem Sinne Mankowski, P., „Article 7“, in: Magnus, U., und Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, 2. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2023, S. 222 und 223, insbesondere Rn. 184 (S. 222).

42. Ich teile zwar die Analyse, auf der dieses Argument zum Teil beruht, nämlich dass online entfaltete Tätigkeiten stets konkreten Orten zugeordnet werden können [46], bin aber der Ansicht, dass die empfohlene Lösung nicht die Vielfalt dieser Aktivitäten berücksichtigt, die sich sowohl aus deren Art [47] als auch aus ihrer potenziellen Lokalisierung [48] ergibt.

43. Die Dienstleistung eines IT-Unternehmens kann nämlich ganz oder teilweise in verschiedenen Phasen erfolgen: in der Phase der Softwareentwicklung (oder Erstellungsphase), in der Phase der Implementierung (oder Phase der Inbetriebnahme für den Kunden) und in der Phase des Betriebs (oder Phase der Gewährleistung des ordnungsgemäßen Funktionierens). Diese verschiedenen Tätigkeiten finden nicht notwendigerweise am Sitz des Unternehmens statt, das die betreffende(n) Dienstleistung(en) erbringt.

44. Mit der Kommission leite ich daraus ab, dass die Konzeption und die Programmierung von Software nicht die charakteristische Verpflichtung eines Softwarelieferungsvertrags darstellt, weil die Dienstleistung ohne die Implementierung der Software für den Kunden nutzlos wäre [49]. Erst im Anschluss an diese Phase kann die Software, nachdem sie getestet wurde, eingesetzt und ihre Qualität überprüft werden. Dieser Vorgang wird an dem Ort durchgeführt, an dem der Nutzer Zugriff auf die Software hat. Somit bin ich der Auffassung, dass diese Phase der Dienstleistung von der Betriebsphase unterschieden werden muss. Da diese keine neuen IT-Entwicklungen erfordert, stellt sie nur eine Nebenpflicht dar, die kein Anknüpfungskriterium begründen kann.

45. Außerdem kann die Tätigkeit des Softwareherstellers außerhalb des Unternehmenssitzes stattfinden [50], wie die Kommission zu Recht hervorhebt. Dies gilt auch für die Tätigkeit der Implementierung der Software. Diese kann zudem durch den Hersteller oder einen anderen

[46] Vgl. Mankowski, P., a. a. O., Rn. 184, und ebenfalls in diesem Sinne Sindres, D., a. a. O., Rn. 70. Vgl. hierzu für eine meines Erachtens begründete Unterscheidung zwischen einer bloßen Beratung und einer Leistung, die sich auf einen bestimmten Ort bezieht, Gottwald, P., „Art. 7 [Besondere Gerichtsstände]“, in: Rauscher, T., und Krüger, W., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2022, Rn. 31, und in diesem Sinne auch Simotta, D.-A., „Art. 7 EuGVVO 2012“, in: Fasching, H. W., und Konecny, A., *Zivilprozessgesetze*, 2. Aufl., Manz, Wien, 2022, Rn. 203, die beide vom vorlegenden Gericht angeführt werden. Diese Unterscheidung rechtfertigt es, zwei Arten von Dienstleistungen, die Gegenstand von Präzedenzfällen waren, nämlich die eines Rechtsanwalts und die eines Architekten, nicht mit der eines Softwareherstellers gleichzusetzen. Für eine gegenteilige Begründung in diesem Bereich vgl. Urteil des Oberlandesgerichts München (Deutschland) vom 23. Dezember 2009, 20 U 3515/09, und dessen Kommentierung durch Mankowski, P., „Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen“, *Computer und Recht*, Otto Schmidt, Köln, 2010, Rn. 137, ebenfalls vom vorlegenden Gericht angeführt.

[47] Vgl. für eine ausführliche Darstellung El Hage, Y., a. a. O., Nrn. 517 ff. Vgl. auch Reymond, M., „Jurisdiction under Article 7 no. 1 of the Recast Brussels I Regulation: The case of Contracts for the Supply of Software“, *Yearbook of Private International Law*, Bd. 16 (2014/2015), S. 219 bis 239, insbesondere S. 220 bis 224 für die technischen Erläuterungen und S. 224 für die folgende Zusammenfassung: „Der Ausdruck ‚Bereitstellung von Software‘ kennzeichnet nicht eine einzige, leicht zu identifizierende Art von Transaktionen. Er bezeichnet vielmehr eine Reihe verschiedener Arten von Geschäften, die zwar die Gemeinsamkeit aufweisen, dass sie sich mit der Übertragung von Software befassen, sich aber nicht nur durch ihre operativen Details unterscheiden, sondern auch durch den Inhalt der Rechte und Pflichten, die sich für die Partei, der die Software übertragen wird, ergeben.“

[48] Vgl. die Anmerkungen von Mankowski, P., „Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort bei Softwareentwicklungsverträgen“, a. a. O., die auf der Feststellung beruhen, dass die Dienstleistungen im Rahmen eines Softwareentwicklungsvertrags in der Regel an dem Ort bereitgestellt würden, an dem die Software entwickelt werde, und dass es sich dabei in der Regel um die Vertragsniederlassung des Softwareentwicklers handele.

[49] Vgl. in diesem Sinne auch El Hage, Y., a. a. O., Nr. 528 Abs. 2 (S. 435). Darüber hinaus hat der Gerichtshof in einem Fall, in dem es um die Auslegung des Begriffs „Verkauf von Waren“ durch einen Handelsvertreter ging, darauf hingewiesen, dass er „[i]m besonderen Fall des Verkaufs einer Kopie eines Computerprogramms … entschieden [hat], dass das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung dieser Kopie ein unteilbares Ganzes bilden. Das Herunterladen einer Kopie eines solchen Programms wäre nämlich sinnlos, wenn diese Kopie von ihrem Besitzer nicht genutzt werden dürfte.“ Vgl. Urteil vom 16. September 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[50] Zur Auslagerung der Dienstleistungen vgl. Le Tourneau, P., *Contrats du numérique: informatiques et électroniques*, 12. Aufl., Dalloz, Paris, 2022, Nr. 342.11 (S. 550).

Anbieter digitaler Inhalte entweder direkt online auf den Geräten des Kunden erfolgen oder durch Online-Bereitstellung über die Website des Anbieters, z. B. über das Internet oder eine IT-Plattform [51], oder im Rahmen eines Cloud-Computing-Dienstleistungsvertrags [52].

46. Daher können auf der Grundlage von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 mehrere Kriterien für die Lokalisierung der Tätigkeit der Bereitstellung von Software untersucht werden, jedoch mit Ausnahme jeglicher Anknüpfung, die auf den Standort des Servers abstellt [53]. Insoweit gehen die konkreten Lokalisierungsschwierigkeiten, mit denen sich der Kunde eines Online-Diensts konfrontiert sehen kann, meines Erachtens aus den vom vorlegenden Gericht geschilderten tatsächlichen Umständen und aus dessen eigenen Fragen klar hervor. Im vorliegenden Fall stellen sich folgende Fragen: Ist zwischen der Dienstleistung der ursprünglichen Entwicklung (oder Konzeption) der Software und der Dienstleistung der Wartung (oder Nachbetreuung) zu unterscheiden, obwohl sie aufgrund der regelmäßigen Aktualisierung der Software eng miteinander verbunden sind? Werden diese Dienstleistungen beide vom selben Standort aus erbracht? Wie wurde die Software vom Hersteller (VariusSystems) implementiert (oder zur Verfügung gestellt)? Kann in Ermangelung genauerer Angaben in der Vorlageentscheidung oder von Feststellungen in den dem Gerichtshof übermittelten früheren Entscheidungen im Ausgangsverfahren nicht aufgrund der Art der Rechnungsstellung vermutet werden, dass eine Software des Typs „Software as a Service“ [54] auf einer Plattform bereitgestellt und nicht auf den Geräten des Kunden, der sie heruntergeladen hat, installiert wurde? Soweit mir bekannt ist, werden Online-Computerdienstleistungen seit etwa zehn Jahren [55] in den meisten Fällen in der Weise erbracht, dass der Kunde über ein Netzwerk (z. B. das Internet) von seinem Computer oder einem anderen Medium aus im Rahmen eines Cloud-Computing-Diensts auf die Software zugreift [56].

[51] Nach der Definition in Beelen, A., Charlier, C., und Vigneron, J., *Guide pratique des plateformes: 20 Legal designs commentés*, Larcier, Brüssel, 2021, S. 44 und 45, bieten „[d]ie IT-Plattformen … Anwendungen aller Art an und ermöglichen Interaktionen zwischen den Nutzern dieser Anwendungen und dritten Entwicklern. … Apple iOS, Google Android oder Microsoft Windows sind Beispiele für IT-Plattformen“.

[52] Siehe die Definition und die Erläuterungen in Fn. 56 der vorliegenden Schlussanträge. Vgl. auch die Analyse von Marchadier, F., „Internet et droit international privé“, *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Paris, 2. Januar 2023, Heft 544-60, Rn. 23, in der es darum geht, dass „die Privilegierung des Ortes, von dem aus die Tätigkeit des Diensteanbieters ausgeübt wird, … die Bestimmung voraussetzt, ob dieser Ort von der Niederlassung des Leistungserbringers oder davon abhängt, wo dessen Website gehostet wird“.

[53] In Übereinstimmung mit zahlreichen Autoren weise ich darauf hin, dass diese Lokalisierung oft ungewiss und leicht veränderbar ist. Vgl. u. a. El Hage, Y., a. a. O., Nrn. 87 und 88 (S. 78 und 79) sowie Nr. 528, letzter Absatz (S. 437); Mankowski, P., „Article 7“, a. a. O., Rn. 184, und Gottwald, a. a. O., Rn. 31. Vgl. auch Marchadier, F., a. a. O., Rn. 8, insbesondere zur Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Verletzungen des Markenrechts. Vgl. auch Urteil des Oberlandesgerichts München vom 23. Dezember 2009, 20 U 3515/09, Rn. 48.

[54] Vgl. für eine eingehende Darstellung Le Tourneau, P., a. a. O., Nr. 342.14 (S. 552), sowie den von diesem Autor zitierten Aufsatz von Alterman, H., und Perbost, F., „Les points essentiels du contrat Saas“, *Revue de jurisprudence commerciale*, Thomson Reuters, 2010, Nr. 1.

[55] Vgl. die Bestätigung durch die im Jahr 2015 durchgeführte Analyse von Reymond, M., a. a. O., S. 231.

[56] In der französischen Umgangssprache wird gelegentlich der Begriff „infonuage“ verwendet. Die hier angesprochene Leistung ermöglicht es, Daten auf miteinander verbundenen entfernten Servern, die in der Regel einem externen Anbieter gehören, zu speichern, auf sie zuzugreifen und die Rechenressourcen der Server zu nutzen. Vgl. zu diesen Merkmalen Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, Nrn. 1 und 2). Le Tourneau, P., a. a. O., Nrn. 342.12 bis 342.14 (S. 550 bis 552), hebt hervor, dass in diesem Rahmen „die IT dezentralisiert ist und … der Standort der Anwendungen dem Kunden nicht bekannt ist“ und dass es sich um „IT auf Abruf“ handelt, was den Vorteil hat, dass die Unternehmen nicht mehr in große Computerkapazitäten und die Privatanwender nicht mehr in die Datenspeicherung investieren müssen. Der Preis für die Dienstleistung variiert „in Abhängigkeit von der tatsächlichen Nutzung des Kunden wie beim Strom“. El Hage, Y., a. a. O., Nr. 520 (S. 429 und 430), weist darauf hin, dass der Kunde zwar „von jedem beliebigen Ort aus über eine einfache Internetverbindung“ auf diesen Speicherort für digitale Inhalte zugreifen kann, die Erfüllung der Leistung sich jedoch nicht auf den Ort der auswärtigen Server konzentriert, weil der Kunde seine Daten übertragen muss, um auf diese Server zuzugreifen, was es ermöglicht, das Land zu bestimmen, in dem „die konkreten Auswirkungen des Vertrags hauptsächlich spürbar sind“.

47. Schließlich könnten die Vielfalt dieser Arten der Erbringung von IT-Dienstleistungen sowie ihre ständige technologische und wirtschaftliche Entwicklung [57] meiner Meinung nach als Rechtfertigung ausreichen, um als einzigen sicheren und damit vorhersehbaren Ort der Erfüllung eines Vertrags über die Erbringung von Online-Dienstleistungen den Ort des konkreten Nutzens dieser Dienstleistungen anzusehen [58].

48. Diese Bevorzugung des Orts des Empfangs oder des Einsatzes der erbrachten Dienstleistung(en) hat den Vorteil, dass die Anknüpfungskriterien nicht je nach den verschiedenen Phasen der Erbringung der Dienstleistung variieren und der Nutzer nicht den Standortentscheidungen für die Erbringung der Dienstleistung unterworfen wird, zumal der wirtschaftliche Trend zur Auslagerung in Drittländer geht. Umgekehrt könnte die Annahme, dass die Software in allen Fällen am Sitz ihres Herstellers entwickelt werde, eine Fiktion darstellen, die einen Klägergerichtsstand festschreibt, der den Zielen von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 zuwiderläuft [59].

49. Im Übrigen wäre eine solche Anpassung der Anknüpfungskriterien an die Komplexität der konkreten Leistungserbringung nichts Neues. Sie hat sich nämlich bereits im Bereich des Luftverkehrs durchgesetzt, da der Gerichtshof den Ort der Inanspruchnahme der Dienstleistung bevorzugt hat, d. h. den Abflugort des ersten Flugs und den Ankunftsort des letzten Flugs [60].

50. Sicherlich kann es ähnliche Schwierigkeiten bereiten, auf das Kriterium des endgültigen Bestimmungsorts der Dienstleistung abzustellen, wenn der Zugang zu einem für einen Kunden bereitgestellten Dienst an verschiedenen Orten genutzt wird. Dies ist hier nach den dem Gerichtshof vorgelegten Akten offenbar in Deutschland der Fall. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs würde es ausreichen, den Ort zu bestimmen, an dem der wesentliche Teil der Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausgeführt wird [61]. Dasselbe würde für den Fall gelten, dass der Online-Dienst in mehreren Mitgliedstaaten genutzt wird [62]. Schließlich ist dieser Ort meines Erachtens für den Anbieter von IT-Dienstleistungen vorhersehbar. Die Spezifikationen, an die sich dieser Anbieter bei der Entwicklung einer Software halten muss, unterliegen nämlich in der Regel dem Recht des Staats, in dem die

[57] Zum Grundsatz der technologischen Neutralität, der das Schweigen der Texte des Internationalen Privatrechts rechtfertigt, die Netzwerke einschließlich des Internets betreffen, vgl. die Ausführungen von Azzi, T., „Rapport général: droit international privé et immatériel“, in: *L'immatériel*, Journées internationales espagnoles de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 2014, zitiert von El Hage, Y., a. a. O., S. 112, sowie dessen Analyse, Nrn. 135 bis 142 (S. 113 bis 119).

[58] Vgl. hierzu die Anmerkung auf der Website https://www.culture.fr/franceterme, in der es heißt: „Cloud Computing ist eine besondere Form des IT-Managements, bei der der Standort und die Funktionsweise der Cloud den Kunden nicht bekannt gegeben werden“. Vgl. JORF Nr. 129 vom 6. Juni 2010 (S. 42).

[59] Siehe zum Vergleich die vom Unionsgesetzgeber im Bereich des Datenschutzes in Art. 79 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. 2016, L 119, S. 1) getroffene Wahl alternativer Kriterien, nämlich des Orts, an dem der für die Verarbeitung Verantwortliche (oder der Auftragsverarbeiter) eine Niederlassung hat, oder des Aufenthaltsorts der betroffenen Person. Vgl. auch die in der Praxis in Gerichtsstandsklauseln getroffene Wahl des Gerichtsstands des Mitgliedstaats, in dem der Dienstleister ansässig ist, so beispielsweise in den in der Schweiz geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen für IT-Dienstleistungsaufträge und Aufträge zur Wartung von Individualsoftware im öffentlichen Bereich, zitiert von Reymond, M., a. a. O., S. 238, Fn. 60. Vgl. für die Aktualisierung dieses Zitats https://backend.bkb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-bkbadminch-files/files/2024/08/13/9d43df1a-4ff8-45fe-b530-1ea8d9716399.pdf..

[60] Vgl. Urteile vom 9. Juli 2009, Rehder (C-204/08, EU:C:2009:439, Rn. 42 und 43), sowie vom 7. März 2018, flightright u. a. (C-274/16, C-447/16 und C-448/16, EU:C:2018:160, Rn. 73).

[61] Vgl. entsprechend Urteil Color Drack (Rn. 40).

[62] Vgl. u. a. Urteil Wood Floor (Rn. 36). Vgl. in diesem Sinne auch El Hage, Y., a. a. O., Nr. 549 (S. 447) und Nr. 617 (S. 502). Vgl. darüber hinaus für die Wahl einer Lösung, die darin besteht, den Mitgliedstaat zu bestimmen, in dem die wichtigste Dienstleistung in der Union erbracht wird, auch wenn die Hauptleistung in einem Drittstaat erbracht wird, Gaudemet-Tallon, H., und Ancel, M.-E., *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, 7. Aufl., Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection „Droit des affaires“, Paris, 2024, Nr. 221 (S. 340).

Software eingesetzt werden soll[63]. Unter diesen Umständen halte ich es im Fall einer gleichwertigen Nutzung an verschiedenen Orten für unnötig, die Zuständigkeitsregel von Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 anzuwenden, weil das Ziel der räumlichen Nähe dies nicht rechtfertigt[64].

51. Als Viertes ist noch zu einem letzten, ergänzenden Aspekt der Würdigung Stellung zu nehmen, der sich auf das auf den Vertrag anwendbare Recht bezieht. Soweit wie im vorliegenden Fall keine Rechtswahl getroffen wurde, bestimmt Art. 4 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)[65], dass „Dienstleistungsverträge … dem Recht des Staates [unterliegen], in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“[66]. Dies würde somit für die Wahl eines solchen Anknüpfungskriteriums zur Bestimmung des zuständigen Gerichts sprechen[67]. Ich halte dieses Argument aber nicht für entscheidend. Zum einen besteht nämlich eine legislative Diskrepanz zwischen dem Ziel der räumlichen Nähe, das sich aus der Wahl eines Kriteriums für die besondere Zuständigkeit in Fällen ergibt, in denen ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden[68], und den Zielen, denen die Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts dient. Zum anderen halte ich, wenn ein Zuständigkeitskriterium herangezogen wird, das auf den Ort der tatsächlichen Erfüllung des Vertrags für den Begünstigten abstellt, die Lösung für gerechtfertigt, Art. 4 Abs. 3 der Rom-I-Verordnung[69] anzuwenden[70].

52. Folglich ergibt die Prüfung der Gründe, die es rechtfertigen würden, als Zuständigkeitskriterium den Ort zu bevorzugen, an dem das Unternehmen, das eine Software entwickelt hat, seinen Sitz hat, dass diese nicht geeignet sind, die von mir dargelegten Gründe für die Auffassung in Frage zu stellen, dass es im Bereich der Bereitstellung von Software – unabhängig davon, ob es sich um Standard- oder Individualsoftware handelt –, immer dann, wenn deren Nutzung von einer Dienstleistung wie einem Online-Zugang abhängig ist, besonders angebracht erscheint, als auf Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1215/2012 gestütztes Zuständigkeitskriterium den Ort zu wählen, an dem der Empfänger dieser Leistung konkret in deren Genuss kommt.

63 Vgl. in diesem Sinne El Hage, Y., a. a. O., Nr. 550 (S. 447), der zur Veranschaulichung auch das Beispiel eines Unternehmens anführt, das einem ausländischen Unternehmen eine Buchhaltungssoftware bereitstellt, was mit dem Ausgangsverfahren vergleichbar ist, in dem die deutschen Rechtsvorschriften zu beachten waren.

64 Vgl. zu diesem Ziel El Hage, Y., a. a. O., Nr. 617 (S. 502 und 503) sowie zur Lösung Gaudemet-Tallon, H., und Ancel, M.-E., a. a. O., Fn. 257 (S. 340) und zu dem Fall, dass es schwierig oder unmöglich ist, den Erfüllungsort zu bestimmen, Nr. 222 (S. 341).

65 ABl. 2008, L 177, S. 6, im Folgenden: Rom-I-Verordnung.

66 Vgl. zur Vereinbarkeit dieser Regel mit dem Internet die Ausführungen von Cachard, O., *La régulation internationale du marché électronique*, Bibliothèque de droit privé, Bd. 365, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2002, und von Usunier, L., „La loi applicable aux contrats électroniques“, in: Rochfeld, J., *L'acquis communautaire – Le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010, zitiert von El Hage, Y., a. a. O., Nr. 132 (S. 111).

67 Vgl. in diesem Sinne Mankowski, P., „Article 7“, a. a. O., Rn. 184, der sich auf Art. 4 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung bezieht.

68 Siehe Fn. 21 der vorliegenden Schlussanträge.

69 Diese Bestimmung lautet: „Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Absatz 1 oder 2 bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.“

70 Vgl. El Hage, Y., a. a. O., Nr. 616 (S. 501). Zu den Rechtfertigungen für die Anwendung insbesondere der sogenannten „Ausnahmebestimmung“ von Art. 4 Abs. 3 der Rom-I-Verordnung vgl. Nr. 592 (S. 480) und Nr. 598 (S. 486). Vgl. außerdem die in Nrn. 594 bis 596 (S. 484 bis 486) angeführten Beispiele.

V. Ergebnis

53. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage des Obersten Gerichtshofs (Österreich) wie folgt zu antworten:

Art. 7 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

ist dahin auszulegen, dass

der Erfüllungsort für die Online-Bereitstellung von Software beim Fehlen vertraglicher Bestimmungen, die seine Bestimmung ermöglichen, der Ort ist, an dem der Kunde die Software einsetzt.