

12

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 269; ZPO § 29

Auch für Unterlassungspflichten, die aus den allgemeinen Grundsätzen über positive Forderungsverletzungen abgeleitet sind, gilt der Erfüllungsort des § 269 Abs. 1 BGB jedenfalls dann, wenn nicht von vorneherein eine Zuwiderhandlung nur an einem bestimmten Ort in Betracht kam.

BGH, Urt.v.6.November 1973 - VI ZR 199/71 - OLG Hamburg
LG Hamburg

12

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 199/71

URTEIL

Verkündet am
6. November 1973
[REDACTED],
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt E [REDACTED],
H [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L. C. [REDACTED], S.A.,
St. N [REDACTED]-W [REDACTED], Belgien,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Streithelfer der Beklagten:

Wirtschaftsprüfer Dipl.Kaufmann Dieter N [REDACTED], als
Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmann Max
K [REDACTED], H [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

früherer Streithelfer der Beklagten:

derselbe als Konkursverwalter der Fa. Peter H [REDACTED] KG, H [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Sonnabend, Dunz, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das am 12. Oktober 1971 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Kläger zur Last unter Einschluß der Kosten der Nebenintervention des Konkursverwalters über das Vermögen des Kaufmanns Max K.; die Kosten der Nebenintervention des Konkursverwalters über das Vermögen der Peter H. KG werden nach Rücknahme dieser Nebenintervention - insoweit unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils im Kostenpunkt - für alle Rechtszüge dem Nebenintervenienten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger übernahm im Jahre 1958 im gerichtlichen Vergleichsverfahren der Firma Peter H., Inhaber Albert G., gesamtschuldnerisch mit dem Kaufmann K. u.a. gegenüber der Beklagten, die zu den Großgläubigern



gehörte, eine Vergleichsgarantie auf eine Vergleichsquote von 50 %. Anlaß hierfür war, daß die Beklagte Hauptlieferantin des Vergleichsschuldners war und der Kläger zusammen mit K. die Geschäfte des Vergleichsschuldners fortführen wollte. Zwischen dem Kläger und Köppe kam es indes alsbald zu z.T. gerichtlichen Auseinandersetzungen wegen dieser Fortführung.

Das Vergleichsverfahren erbrachte eine Quote von 38,5 %. Köppe - der alleinige persönlich haftende Gesellschafter der Peter H. KG, eines "Auffangunternehmens" nach der Einzelfirma Peter H. -, zahlte unter dieser Firma die bis zur Quote von 50 % offenstehenden Beträge u.a. an die Beklagte. Soweit der gezahlte Betrag nach der Auffassung von K. den von ihm im Verhältnis zu dem Kläger zu tragenden Anteil überstieg, wurde er als Darlehen der Peter H. KG bezeichnet. K. veranlaßte die Beklagte, hinsichtlich des seiner Ansicht nach nicht von ihm zu tragenden Anteils die Zwangsvollstreckung aus dem bestätigten Vergleich (§ 85 Abs. 2 VglO) gegen den Kläger zu betreiben. Bei getriebene Beträge sollten der Peter H. KG zugute kommen, die im übrigen die Kosten der Zwangsvollstreckung übernahm, während sich die Tätigkeit der Beklagten auf die Erteilung einer Vollmacht an einen bereits von Köppe ausgesuchten Rechtsanwalt beschränkte. Bei der so namens der Beklagten von K. betriebenen Zwangsvollstreckung wurden auf verschiedenen Grundstücken des Klägers Sicherungshypotheken eingetragen. Der Kläger erhob mit der Begründung, durch die von K. veranlaßte Zahlung sei die Schuld erloschen, Vollstreckungsgegenklage beim Landgericht Hamburg. Durch Urteil vom 27. Mai 1966 gab das Landgericht der

Klage statt. Die Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 12. Januar 1967 zurückgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg (BGH Urt. v. 16. April 1969 - I ZR 26/67 = LM VglO § 85 Nr. 3).

Mit der am 19. Dezember 1969 eingereichten und am 3. Februar 1970 zugestellten Klage hat der Kläger von der Beklagten Schadensersatz verlangt. Er hat behauptet, infolge der Eintragung der Sicherungshypothek auf einem seiner Grundstücke habe er ein dort geplantes Bauvorhaben nicht durchführen können, wodurch ihm erheblicher Schaden entstanden sei. Auf die Ankündigung der Beklagten, sie werde die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erheben, hat der Kläger gegenüber dem Landgericht erklärt, er mache nur Ansprüche aus §§ 823 ff BGB geltend. Die Beklagte hat daraufhin die Einrede nicht erhoben. Erst in einem nachgelassenen Schriftsatz, der verspätet bei Gericht eingegangen ist, hat der Kläger erklärt, er stütze die Klage auch auf positive Forderungsverletzung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, Ansprüche des Klägers aus §§ 823 ff BGB seien, worauf sich die Beklagte berufen hat, gemäß § 852 BGB verjährt. Soweit der Kläger die Ansprüche auf positive Forderungsverletzung gestützt hat, hat das Landgericht das entsprechende Vorbringen als verspätet zurückgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hält ebenfalls Ansprüche aus §§ 823 ff BGB für verjährt. Zur sachlich-rechtlichen Nachprüfung, ob Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung die Klageforderung rechtfertigen, hat es sich nicht für befugt gehalten, da es

insoweit an seiner örtlichen Zuständigkeit fehle, nachdem der Beklagte die entsprechende Einrede erhoben habe. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Der Dipl.-Kaufmann N[REDACTED] in H[REDACTED] ist sowohl als Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Max K[REDACTED] als auch als Konkursverwalter über das Vermögen der Peter H[REDACTED] KG der Beklagten in allen Instanzen als Streithelfer beigetreten. Die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts haben die Kosten dieser Nebeninterventionen jeweils dem Kläger auferlegt. Während des Revisionsrechtszugs hat Dipl.-Kaufmann Niethammer in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter der Peter H[REDACTED] KG seinen Beitritt wieder zurückgenommen.

Entscheidungsgründe

A

I. Soweit der Klaganspruch auf den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung gestützt ist, geht das Berufungsgericht zutreffend von seiner internationalen und örtlichen Zuständigkeit aus (§ 32 ZPO).

Die Revision rügt ohne Erfolg, daß sich das angefochtene Urteil nicht über die Frage verhält, welches sachliche Recht insoweit anzuwenden war.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung erkennbar nur die Vorschriften des deutschen sachlichen

12

Rechts zugrundegelegt, auf die sich der Kläger ohne Widerspruch der Beklagten stets ausschließlich berufen hatte. Die Anwendung deutschen Rechts ergab sich daraus, daß die unerlaubte Handlung in Deutschland begangen sein soll. Hier ist nicht nur der Schaden eingetreten, sondern auch die schadensstiftende Handlung jedenfalls insoweit ausgeführt worden, als sie dem von der Beklagten bevollmächtigten Rechtsanwalt übertragen war. Daß das Recht des Tatortes (unbeschadet der hier nicht eingreifenden Vorschrift des Art. 12 EG BGB) Anwendung findet, entspricht ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung zum deutschen Internationalen Privatrecht (Nachweise bei Soergel/Siebert/Kegel Art. 12 EG BGB Rdz. 1).

Tatort war allerdings auch der Sitz der Beklagten in Belgien, von dem aus sie den Anwalt für das Zwangsvollstreckungsverfahren beauftragt hat, so daß an sich auch belgisches Recht anwendbar war (vgl. BGHZ 14, 286, 291). Solchenfalls kann der Kläger seine Ansprüche aus der für ihn günstigsten Rechtsordnung herleiten (Senatsurteil vom 23. Juni 1964 - VI ZR 180/63 - LM Art. 7 ff EGBGB - Dt.intern.Privatrecht Nr. 25 a = NJW 1964, 2052). Dies hat das Gericht an sich von Amts wegen zu beachten.

Indessen ist die Frage, nach welchem Recht sich gegebenenfalls bereits entstandene Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung beurteilen sollen, der Verfügung der Parteien, insbesondere einer vertraglichen Vereinbarung des Deliktsstatuts zugänglich (BGH Urt. v. 10. Juni 1960 - IV ZR 142/59 = VersR 1960, 907, 908; Urt. v. 27. November 1962 - VI ZR 10/62 = VersR 1963, 241; OLG Hamburg VersR 1961, 822; jetzt auch Erman/

Arndt BGB 5. Aufl., Art. 12 EGBGB Rdz. 11). Eine solche Vereinbarung kann sich in Fällen der vorliegenden Art auch als Verzicht des Gläubigers auf Ansprüche darstellen, soweit sie ihm nur nach der anderen Rechtsordnung zustehen (BGHZ 42, 385, 389 = LM Art. 12 EGBGB Nr. 11 mit Anm. Lieseke; Raape, Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts, Festschrift für G. Boehmer, S. 111, 121; ders. IPR 5. Aufl. S. 579; Soergel/Siebert/Kegel Art. 12 EGBGB Rdz. 39, 48; Palandt/Lauterbach Art. 12 EGBGB Anm. 2). Derartige Vereinbarungen können sich vor allem auch als stillschweigende aus dem Prozeßverhalten der Parteien ergeben (vgl. BGHZ 40, 320, 323 f; 50, 32, 33; BGH Urt. v. 7. Mai 1969 - VIII ZR 142/68 = LM EGBGB Art. 7 ff - Dt.Intern. PR - Nr. 33). Auch gegen eine einseitige sachliche Beschränkung des Klagbegehrens auf das, was sich aus einer der einschlägigen Rechtsordnungen ergibt, bestehen begrifflich ebensowenig Bedenken wie gegen die allgemein für zulässig angesehene Beschränkung auf eine von mehreren durch dieselbe Rechtsordnung gebotene Anspruchsgrundlagen.

Wenn das Berufungsgericht hier ersichtlich von einer solchen gewillkürten Beschränkung auf die durch das deutsche Recht gebotenen Ansprüche ausgegangen ist, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dabei kam vor allem das Verhalten des Klägers in Betracht, dessen Belange durch die Beschränkung auf das deutsche Recht vielleicht berührt werden konnten (auch die Revision zeigt indessen solche Möglichkeiten nicht auf, nimmt vielmehr zu der von ihr aufgeworfenen Frage, welches Recht anzuwenden ist, selbst nicht Stellung).

Der Kläger nun hatte seine Ansprüche vor dem von ihm angerufenen deutschen Gericht immer ausschließlich auf Vorschriften des Deutschen Rechts gestützt. Er tat dies, obwohl ihm - rechtskundig beraten - die Beziehungen zum belgischen Rechtsbereich schon wegen des Streits um die internationale Zuständigkeit für die konkurrierenden Vertragsansprüche nicht entgangen sein konnten. Die Beschränkung auf deutsches Recht lag auch deshalb nicht fern, weil es nicht nur die lex fori war, mit deren Handhabung Gericht und Anwälte im Zweifel am besten vertraut waren, sondern das Gesamtgeschehen, auf dessen Grundlage die unerlaubte Handlung begangen sein soll, nicht nur räumlich, sondern auch rechtlich dem Bereich des deutschen Rechts zugeordnet war. Angesichts dessen beruht die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Verkenntung der Grenzen, die der Annahme eines in solchem Sinne schlüssigen Prozeßverhaltens dann gezogen sind, wenn auch Unkenntnis als Ursache dieses Verhaltens in Frage steht. Das Berufungsgericht ist vielmehr zurecht davon ausgegangen, daß ihm der Deliktsanspruch nur unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechts zur Entscheidung gestellt war.

II. In Anwendung deutschen Rechts hat das Berufungsgericht die Verjährungseinrede der Beklagten (§ 852 BGB) für begründet erachtet und deshalb von einer weiteren sachlichen Prüfung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung abgesehen. Auch dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß der Kläger bereits Mitte 1966 Kenntnis von

dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen hatte, so daß die Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung bei Klageerhebung bereits verjährt waren.

Demgegenüber macht die Revision geltend, vor dem 12. Januar 1967 sei dem Kläger die Klageerhebung nicht zuzumuten gewesen, da er zumindest die an diesem Tage verkündete Entscheidung zweiter Instanz im Vorprozeß habe abwarten dürfen, so daß die Klage rechtzeitig erhoben sei.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben.

Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. u.a. BGHZ 6, 195, 201; Senatsurteile v. 13. Juni 1956 - VI ZR 44/55 = VersR 1956, 507; v. 20. Oktober 1959 - VI ZR 166/58 = NJW 1960, 380; v. 11. April 1967 - VI ZR 186/65 = MDR 1967, 753; jeweils m.w.Nachw.) hat der Verletzte die für den Beginn des Laufs der dreijährigen Verjährung erforderliche Kenntnis erlangt, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Schadensersatzklage - wenn auch nur in der Form einer Feststellungsklage - erheben kann, die bei verständiger Würdigung der von ihm vorgetragenen Tatsachen soviel Erfolgsaussicht hat, daß ihm die Klage zuzumuten ist. Dabei ist die sichere Erwartung des Obsiegens nicht erforderlich. Der Beginn der Verjährung hängt nicht davon ab, ob der anzustrengende Prozeß mehr oder weniger risikolos erscheint (Senatsurteile vom 9. Dezember 1958 - VI ZR 272/57 = VersR 1959, 274; v. 19. Februar 1963 - VI ZR 85/62 = VersR 1963, 578, 579).

Den Belangen des Geschädigten ist insoweit hinreichend dadurch Rechnung getragen, daß ihm die Vorschrift des § 852 BGB eine Frist von drei Jahren für die Überlegung zubilligt, ob er das Risiko eines Prozesses eingehen will (BGH Urt. v. 16. November 1967 - III ZR 12/67 = Betrieb 1968, 129).

Allerdings können, worauf sich die Revision stützt, bei besonders verwickelter und zweifelhafter Rechtslage ausnahmsweise auch erhebliche rechtliche Zweifel bis zu ihrer Klärung die Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen ausschließen (vgl. u.a. BGHZ 6, 195, 202; Senatsurteile v. 12. Dezember 1957 - VI ZR 274/56 = VersR 1958, 109; v. 20. Oktober 1959 - VI ZR 166/58 = NJW 1960, 380; sowie vom 27. Oktober 1970 - VI ZR 66/69 = VersR 1971, 154). Einen solchen Ausnahmefall nimmt das Berufungsgericht mit Recht nicht an. Die Rechtsfrage, die im Mittelpunkt des Vorprozesses stand, mag zweifelhaft gewesen sein, aber abgesehen davon, daß sie weder die Person des (gegebenenfalls) Ersatzpflichtigen noch die Entstehung eines Schadens berührte, war zweifelhaft nur, zu welchem Ergebnis die rechtliche Würdigung eines im wesentlichen bekannten Sachverhalts anhand von feststehenden Rechtsnormen führen mußte. Solche rechtlich zweifelhaften Ansprüche in verjährungsrechtlicher Hinsicht zu bevorzugen ist weder der Zweck der gesetzlichen Regelung, noch wäre dies rechtspolitisch erwünscht (dazu näher Senatsurteil vom 18. Januar 1972 - VI ZR 204/70 - VersR 1972, 394, 395 f; vgl. auch das oben angeführte Senatsurteil vom 20. Oktober 1959).

Damit muß es bei der Abweisung des auf den Rechtsgrund der unerlaubten Handlung gestützten Anspruchs verbleiben.

B

Soweit bei dem vom Kläger vorgetragenen Sacherhalt Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung (Verletzung des Garantievertrags, der sich aus einer in § 85 Abs. 2 VglO berücksichtigten Vereinbarung ergibt) in Frage kommen, hat sich das Berufungsgericht nicht zu einer sachlichen Prüfung befugt gehalten. Es hat ausgeführt, die Zuständigkeit der angerufenen Hamburgischen Gerichte ergebe sich weder aus § 32 ZPO, noch aus § 29 ZPO. § 32 ZPO sei nicht anwendbar, da schuldhaft Verstöße gegen Vertragspflichten keine unerlaubten Handlungen im Sinne dieser Vorschrift seien. § 29 ZPO greife zugunsten des Klägers nicht ein, da die Beklagte die ihr im Rahmen des Garantievertrages als Nebenpflichten obliegenden Unterlassungspflichten an ihrem Niederlassungsort in Belgien zu erfüllen gehabt habe (§ 269 Abs. 1, 2 BGB).

Demgegenüber macht die Revision geltend, die fraglichen Unterlassungspflichten habe die Beklagte dort zu erfüllen gehabt, wo der Vertrag seinen Schwerpunkt habe, nämlich in Hamburg; dort seien auch die Verletzungshandlungen geschehen.

Auch hier bleibt die Revision ohne Erfolg.

I. Der Revision kann zwar zugegeben werden, daß für die Entscheidung auch insoweit deutsches sachliches Recht anwendbar ist. Für einen Parteiwillen dieses Inhalts spricht schon der bereits erwähnte Umstand, daß sich die Beteiligten bisher ausschließlich auf deutsches Recht bezogen haben. Überdies hatte der Garantievertrag seinen Schwerpunkt so eindeutig im Inland, daß die Anwendung verschiedenen Rechts für die beiderseitigen Rechte und Pflichten von vorneherein ausscheiden muß. Die Ver-

gleichsgarantie, die das Berufungsgericht mit Recht als einseitig verpflichtenden Vertrag auffasst, war von Seiten der Vergleichsgaranten, also auch des Klägers, in Deutschland zu erfüllen. Gegenüber der Verpflichtung des Klägers aus diesem Vertrag fallen die die Beklagte treffenden Nebenpflichten nicht ins Gewicht. Zumindest das rechtfertigt es, im Hinblick auf den hypothetischen Parteiwillen deutsches Recht für die Entscheidung zugrunde zu legen (stRspr, BGHZ 57, 72, 76; vgl. auch Urteil vom 19. September 1973 - VIII ZR 65/72 - für die Entscheidungssammlung bestimmt; ferner die herrschende Meinung im Schrifttum, vgl. Erman/Arndt aaO, Art. 12 EGBGB, Vorbem.Rdz. 4; Palandt/Lauterbach, 31. Aufl., Art. 12 EGBGB, Vorbem. a 2 a).

II. Die Anwendbarkeit deutschen sachlichen Rechts auf den Vertragsanspruch besagt aber nichts Entscheidendes für die örtliche und internationale Zuständigkeit des Berufungsgerichts in diesem Punkt. Das Berufungsgericht hat seine örtliche Zuständigkeit ohne Rechtsirrtum verneint.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht seine gleichzeitige Zuständigkeit für den Anspruch aus positiver Forderungsverletzung nicht schon aus seiner örtlichen Zuständigkeit für die Bescheidung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung abgeleitet. Seine Rechtsauffassung entspricht seit der Entscheidung der vereinigten Zivilsenate vom 9. Februar 1891 (RGZ 27, 385) der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 42, 345; 73, 162; 123, 129). Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (vgl. zuletzt Urteil vom

8. Dezember 1970 - VI ZR 174/68 = JR 1971, 245 m.Anm. Bökelmann). Diese Auffassung wird auch im Schrifttum weitgehend vertreten (vgl. u.a. Schönke/Kuchinke, ZPR 9.Aufl., § 38 III 5; Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl., § 12 Vorbem. III 3, § 32 ZPO Anm. I 5, II 4; Wieczorek ZPO § 12 Anm. A I b 2). Eine Gegenmeinung weist allerdings darauf hin, daß der Streitgegenstand als solcher und nicht eine einzelne rechtliche Anspruchsgrundlage der Beurteilung des Richters unterliegen. Das ändert aber nichts daran, daß die Zuständigkeitsregelung der Zivilprozeßordnung teilweise an bestimmte Anspruchsgrundlagen, wie z.B. gerade im § 32 ZPO an die unerlaubte Handlung anknüpft, worüber nicht hinweggegangen werden kann.

2. Der Vortrag des Klägers geht, soweit er seinen Klaganspruch auf den zugrundeliegenden Garantievertrag stützt, dahin, die Beklagte habe eine aus dem Gedanken des § 242 BGB abgeleitete, ungeschriebene vertragliche Nebenpflicht zur Unterlassung einer mißbräuchlichen Vollstreckung verletzt und dadurch den eingeklagten Schaden verursacht. Demgemäß hat das Berufungsgericht im Zusammenhang mit § 29 ZPO zutreffend geprüft, wo die angeblich verletzte Unterlassungspflicht zu erfüllen war; denn der aus der Verletzung erwachsende Schadensersatzanspruch stellt sich nur als Surrogat dieser ursprünglichen Vertragspflicht dar. Dem tritt an sich auch die Revision nicht entgegen.

a) Für ausdrücklich vereinbarte Unterlassungspflichten hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für die Entscheidung der Frage, nach dem Erfüllungsort die Vorschrift des § 269 BGB herange-

zogen (RGZ 51, 313; 69, 9, 13; 90, 162, 165 und sonst).

Dieser in bezug auf besonders vereinbarte vertragliche Unterlassungspflichten herrschenden Meinung ist beizutreten. Nach ihr ist in der Frage des Erfüllungsortes auch bei Unterlassungspflichten darauf abzustellen, ob die Parteien ausdrücklich einen Leistungsort vereinbart haben, ob sich ein solcher aus der Art der Unterlassung ergibt und letztlich, wenn diese Anknüpfungspunkte nicht weiterführen, darauf, wo der Schuldner z.Zt. der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung hatte (§ 269 Abs. 1, 2 BGB). Damit ist gewährleistet, daß für die Parteien hinsichtlich des Erfüllungsortes und des daran anknüpfenden besonderen Gerichtsstandes von vorneherein Klarheit besteht.

b) Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn sich die Unterlassungspflicht ohne besondere Vereinbarung aus der das Schuldverhältnis allgemein regierenden erhöhten Rücksichtspflicht ergibt.

In diesem Bereich hat die Zuwiderhandlung, die sich als "positive Forderungsverletzung" darstellt, äußerlich manche Ähnlichkeit mit einer unerlaubten Handlung, so daß eine der Vorschrift des § 32 ZPO entsprechende Regel in Betracht kommen könnte. Eine solche Regelung, die den Vorzug hätte, die Verschiedenheit der besonderen Gerichtsstände für einen wirtschaftlich einheitlichen Anspruch zu vermeiden, hat der Gesetzgeber indessen nicht getroffen. Die klare Beschränkung des § 32 ZPO auf unerlaubte Handlungen im weiteren Sinn (Stein/Jonas/Pohle aaO

§ 32 Anm. II; Rosenberg/Schwab ZPR § 36 II 6, jeweils mit Nachw.), verbietet eine entsprechende Anwendung des § 32 ZPO auch in diesem außerhalb des Deliktsrechts stehenden Bereich, mag dieser auch erst nach Erlass der Zivilprozeßordnung seine heutige Ausprägung durch die Rechtsprechung erfahren haben. Angesichts der großen praktischen Bedeutung des Gerichtsstandes ergäbe sich sonst für den Unterlassungsschuldner, dessen Pflicht nur mittelbar aus einem Vertrag oder sonstigen Schuldverhältnis entspringt, eine empfindliche Sonderbelastung, die ihm nur der Gesetzgeber auferlegen dürfte. Es ist - auf der anderen Seite - auch nicht einzusehen, daß der Unterlassungsgläubiger gerade dann günstiger stehen sollte, wenn die Zuwiderhandlung nicht eine vertraglich stipulierte Unterlassungspflicht, sondern nur eine solche abgeleitete Nebenpflicht verletzt.

3. Schließlich hat das Berufungsgericht in Anwendung dieser Grundsätze zutreffend dahin entschieden, daß im Streitfall Erfüllungsort für die Nebenpflicht der Beklagten zur Unterlassung mißbräuchlicher Zwangsvollstreckungen ihr Sitz in Belgien war.

a) Das Reichsgericht hat die Auffassung vertreten, die zwingende Hilfsregelung des § 269 Abs. 1 BGB beanspruche auch für Unterlassungspflichten Geltung. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, daß der Schuldner dann nach dem Vertragsinhalt "überall" zu unterlassen habe (RGZ 51, 311). Die Rechtsprechung ist dem Reichsgericht gefolgt (KG in OLGE 23, 82; OLG Hamburg OLGE 28, 60). Auch das Schrifttum hat sich ihr im wesentlichen angeschlossen (RGRK-BGB Nastelski,

11.Aufl., Anm. 14; Staudinger/Werner 10./11.Aufl., Rdn. 25; Oertmann, BGB 5.Aufl., Anm. 1 b; Erman/Sirp Rdz 13; Palandt/Heinrichs Anm. 3; sämtlich zu § 269 BGB; Stein/Jonas/Pohle aaO, § 29 Anm. IV 3; Düringer/Hachenburg, 3.Aufl., Anh. zu § 358, 359 HGB Anm. 12; Wieczorek aaO § 29 Anm. C I b;). Teilweise (H.Lehmann, Die Unterlassungspflicht S.181 ff) wird allerdings angenommen, § 269 BGB sei in diesen Fällen nur entsprechend anwendbar (so auch Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 15.Aufl., S.102 Fn. 3; Soergel/Siebert/Schmidt § 269 BGB Rdz. 10). Daß hierbei fast durchweg von ausdrücklichen Unterlassungspflichten die Rede ist, kann nach dem oben zu Ziffer 2 c Ausgeführten keinen Unterschied machen.

b) Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß im vorliegenden Fall auf die Hilfsregel des § 269 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden muß.

Während eine ausdrückliche Vereinbarung insoweit naturgemäß fehlt, könnte sich eine konkrete Ortsbeziehung aus den Umständen, insbesondere aus dem Wesen der verletzten Unterlassungspflicht ergeben. Daß dies hier der Fall wäre, ist aber mit dem Berufungsgericht zu verneinen. Allenfalls könnte in Betracht kommen, daß man anders als das Berufungsgericht nicht allgemein auf denkbare Unterlassungspflichten abstellt, die sich aus dem der vertraglichen Sonderverbindung eigenen Gehaltensein zu besonderer Rücksichtnahme (§ 242 BGB) ergeben. Aber auch der besonderen Pflicht, mißbräuchliche Zwangsvollstreckungen zu vermeiden, war nicht von vorneherein ein bestimmter Wirkungsort eigen. Wo sich zugriffsge-

eignete Vermögensbestandteile des Klägers befanden, war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mindestens der Beklagten nicht sicher erkennbar, und wo sich späterhin solche gegebenenfalls befinden würden, war im Zweifel für beide Teile nicht zu überschauen. Die Beschränkung gerade auf das Verbot mißbräuchlicher Zwangsvollstreckung, das sich aus der Sicht der Parteien allerdings erst aus dem weiteren ... Verlauf konkretisiert hat, könnte also nichts daran ändern, daß der Erfüllungsort auch für diese eingegrenzte Nebenpflicht für die Parteien nicht von vorneherein feststand. Die anfängliche Überschaubarkeit ist aber das Ziel, das der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 269 BGB verfolgt. Daß dieses gesetzliche Ziel nicht vereitelt werden darf, zeigt sich vor allem auch in Verbindung mit der älteren Vorschrift des § 29 ZPO; es würde nämlich sonst auf diesem Umweg doch wieder der (s.o. Z. 2 b) Ansprüchen aus unerlaubter Handlung vorbehaltene Gerichtsstand des jeweiligen Begehungsortes eingeführt werden.

Damit halten die Erwägungen des Berufungsgerichts der rechtlichen Prüfung stand. Sie beziehen sich zwar allgemein auf solche vertraglichen Nebenpflichten, deren Verletzung sich als sogenannte positive Forderungsverletzung darstellt. Indessen begegnen sie auch dann keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, wenn man, wie dies vorstehend erwogen wird, eine gewisse Unterteilung der sich aus dem Gedanken des § 242 BGB ergebenden Unterlassungspflichten für möglich hält. Eine noch weitere Unterteilung müßte jedenfalls im vorliegenden Falle dazu führen, daß der Erfüllungsort doch im Ergebnis von dem zunächst

unbestimmten Ort einer späteren Zuwiderhandlung abhängig wird, was - wie gezeigt - nicht angeht.

Damit ist rechtsfehlerfrei auch die Prozeßabweisung der vertraglichen Ansprüche erfolgt.

C

Gemäß § 97 ZPO fallen dem Kläger auch die Kosten der erfolglosen Revision zur Last. Bezüglich der Kosten der Streithilfe ist zu beachten, daß ursprünglich zwei getrennte Nebeninterventionen vorlagen, welche der Dipl-Kaufmann N [REDACTED] bezüglich je einer der von ihm verwalteten Konkursmassen erhoben hat. Nur die Nebenintervention im Namen der Konkursmasse Peter H [REDACTED] KG hat er im Zuge des Revisionsrechtszugs zurückgenommen. Diese Rücknahme, die von einer Zustimmung des Gegners nicht abhängig war (RGZ 61, 286, 291; Baumbach/Lauterbach 31. Aufl. Anm. 2 B zu § 66 ZPO), bewirkt, daß dem Streithelfer die Kosten dieser Nebenintervention für das ganze Verfahren von Amts wegen aufzuerlegen sind (RG aaO;

Baumbach/Lauterbach Anm. 2 zu § 101 ZPO). Dagegen treffen die Kosten der aufrechterhaltenen Nebenintervention im Namen der Konkursmasse Köppe auch für den Revisionsrechtszug den Kläger (§ 101 Abs. 1 ZPO).

Dr. Weber

Sonnabend

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann