

**Titel:**

**Gerichtsstandsbestimmung bei ausschließlichem Gerichtsstand eines Streitgenossen und Gerichtsstandsvereinbarung eines anderen**

**Normenketten:**

ZPO § 36 Abs. 1 Nr. 3, § 38, § 59, § 60, § 486 Abs. 1 S. 2

InsO § 180 Abs. 1 S. 3

Brüssel-Ia-VO Art. 25

**Leitsätze:**

1. Zur Bestimmung des zuständigen Gerichts gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bei Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit nach § 180 Abs. 1 S. 2 InsO. (Rn. 28 – 29) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine Gerichtsstandsvereinbarung der Schuldnerin in einem Werkvertrag kann den Insolvenzverwalter allenfalls in einem Rechtsstreit wegen Ansprüchen aus dem nach Insolvenzeröffnung fortgeführten Vertrag binden, nicht jedoch in Bezug auf die Feststellung einer Vergütungsforderung für vor Insolvenzeröffnung abgeschlossene Arbeiten zur Insolvenztabelle. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Das mit einem Streitgenossen als ausschließlich zuständig vereinbarte Gericht kann dem durch die Prorogation Begünstigten nicht durch eine Gerichtsstandsbestimmung entzogen werden; es den übrigen Streitgenossen aber nur dann aufgedrängt werden, wenn ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand mit den übrigen Streitgenossen nicht bestanden hat und den anderen Streitgenossen unter Berücksichtigung der mit der Prorogation verfolgten Zwecke zugemutet werden kann, sich ebenfalls vor diesem Gericht verklagen zu lassen. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
4. Eine ausschließliche Zuständigkeit für einen Streitgenossen – hier nach § 180 Abs. 1 S. 3 InsO – schließt es nicht aus, im Gerichtsstandsbestimmungsverfahren unter den verschiedenen als zuständig in Betracht kommenden Gerichten eine Auswahl zu treffen. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)
5. Die Bestimmung des einseitig vereinbarten Gerichtsstands des Gläubigers der Hauptschuld für den durch die Prorogation nicht gebundenen Bürgen ist in der Regel als unzumutbar anzusehen. (Fortführung von BayObLG BeckRS 2020, 3165). (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Gerichtsstandsbestimmung, Streitgenossen, Gerichtsstandsvereinbarung, Insolvenzverwalter, Insolvenzforderung, ausschließlicher Gerichtsstand, Bürge

**Vorinstanz:**

LG München II vom -- – 3 OH 177/22 Bau

**Fundstellen:**

ZInsO 2022, 2238

NZI 2022, 958

LSK 2022, 22643

**Tenor**

I. Als örtlich zuständiges Gericht wird das Landgericht München II bestimmt.

II. Hinsichtlich des Antrags auf Bestimmung der gemeinsam funktionell zuständigen Kammer wird das Verfahren an das Oberlandesgericht München abgegeben.

**Gründe**

I.

1

Mit Schriftsatz vom 18. Januar 2022 hat die in Garmisch-Partenkirchen ansässige Antragstellerin bei dem Landgericht München II die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens beantragt.

## 2

Sie trägt vor, sie sei Eigentümerin eines in Garmisch-Partenkirchen belegenen Grundstücks, das sie mit dem darauf stehenden Hotelgebäude an eine Betreibergesellschaft vermietet habe. Sie habe die R. GmbH & Co. KG mit Verputzarbeiten und mit Natursteinarbeiten, insbesondere Fassadenverkleidung beauftragt (Anlage A 2). Diese Firma habe die Arbeiten mangelhaft ausgeführt und zudem Dachziegel sowie Kamin- und Seitenbleche beschädigt. Der Antragsgegner zu 1) sei vom Amtsgericht Kempten (Allgäu) zum Insolvenzverwalter über deren Vermögen bestellt worden und habe die zur Tabelle angemeldete Forderung bestritten. Die Antragsgegnerin zu 2), eine im Bezirk des Landgerichts Wiesbaden ansässige Versicherung, habe sich mit drei Bürgschaftserklärungen (Anlagen A 9 bis A 11) gegenüber der Antragstellerin verpflichtet, für die Erfüllung von Mängelansprüchen nach § 13 VOB/B gegenüber der R. GmbH & Co. KG einzustehen. Die in Österreich ansässige Antragsgegnerin zu 3) habe als Architektin für Sanierungsmaßnahmen ihre Planungsverpflichtungen und Verpflichtungen zur Bauüberwachung verletzt.

## 3

Mit Verfügung vom 15. März 2022 hat das Landgericht auf Probleme hingewiesen, die sich daraus ergäben, dass sich der Antrag gegen drei Antragsgegner richte. Bei dem gegen den Antragsgegner zu 1) gerichteten Antrag handele es sich um eine insolvenzrechtliche Streitigkeit (§ 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG), bei dem gegen die Antragsgegnerin zu 2) gerichteten Antrag um eine Bank- und Finanzsache (§ 72a Abs. 1 Nr. 1 GVG) und bei dem gegen die Antragsgegnerin zu 3) gerichteten Antrag um eine Bausache (§ 72a Abs. 1 Nr. 2 GVG). Wenn die Antragstellerin eine Trennung des selbständigen Beweisverfahrens in drei Verfahren und Behandlung bei drei Kammern verhindern wolle, müsse sie einen Antrag nach § 36 ZPO analog stellen (vgl. OLG München, Beschluss vom 16. September 2020, 34 AR 128/20, juris Rn. 9). Gegen die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München II bestünden - bezogen auf den Antragsgegner zu 1) und die Antragsgegnerin zu 2) - ebenfalls Bedenken. Für den gegen den Antragsgegner zu 1) gerichteten Antrag sei nach § 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO i. V. m. § 180 Abs. 1 Satz 2 InsO das Landgericht zuständig, zu dessen Bezirk das Insolvenzgericht gehöre. Für den gegen die Antragsgegnerin zu 2) gerichteten Antrag ergebe sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht aus § 29 ZPO. § 39 ZPO sei im selbständigen Beweisverfahren nicht anwendbar. Nur hinsichtlich des Antrags gegen die Antragsgegnerin zu 3) sei das Landgericht München II nach Art. 7 Nr. 1 Buchst. a) und b) Brüssel-Ia-VO international und nach § 29 ZPO örtlich zuständig, da sich die Mängel aus behaupteten Planungs- und Überwachungsfehlern im Bauwerk niedergeschlagen haben sollen.

## 4

Die Antragstellerin hat darauf mit Schriftsatz vom 11. April 2022 beantragt, die Akten dem Oberlandesgericht München zur Bestimmung des örtlich und funktional zuständigen Gerichts vorzulegen. Die hinsichtlich des Antrags gegen den Insolvenzverwalter bestehende ausschließliche Zuständigkeit hindere eine Gerichtsstandsbestimmung nicht. Mit der R. GmbH & Co. KG sei der Gerichtsstand Garmisch-Partenkirchen vereinbart worden. Für den gegen die Bürgin gerichteten Antrag könne dieser vereinbarte Hauptgerichtsstand als gemeinschaftlicher Gerichtsstand bestimmt werden.

## 5

Das Oberlandesgericht München hat das Verfahren mit Beschluss vom 5. Mai 2022 nach Anhörung der Parteien auf Antrag der Antragstellerin an das Bayerische Oberste Landesgericht abgegeben.

## 6

Auf den Hinweis, dass der im Ausgangsverfahren als Anlage A 1 vorgelegte Werkvertrag über die Architektenleistungen vom 7. Juni 2018 mit der Antragsgegnerin zu 3) nicht die Antragstellerin, sondern die Betreibergesellschaft als Auftraggeberin ausweist, hat die Antragstellerin einen ebenfalls auf den 7. Juni 2018 datierten Werkvertrag über die Architektenleistungen (weitere Anlage A 4) sowie einen Nachtrag dazu vorgelegt; nach diesen beiden Verträgen ist die Antragstellerin Auftraggeberin. Die Antragstellerin führt hierzu aus, das ursprünglich mit der Betreibergesellschaft abgeschlossene Vertragsverhältnis sei vollumfänglich mit ihr begründet worden. Sie, die Betreibergesellschaft und die Antragsgegnerin zu 3), hätten sich darauf geeinigt, dass die Antragstellerin „ab Beendigung der Planungen“ Vertragspartnerin der Antragsgegnerin zu 3) sei. In Ziffer 6 dieser Verträge wird jeweils als Gerichtsstand das Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen vereinbart.

## 7

Auf den weiteren richterlichen Hinweis, dass die Zuständigkeit des Bayerischen Obersten Landesgerichts nur für die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts besteht, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16. Mai 2022 darum gebeten, über die funktionelle Zuständigkeit nicht zu entscheiden und insoweit nach Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit das Verfahren an das zuständige Oberlandesgericht München zurückzuverweisen.

## **8**

Die Antragsgegner hatten im Bestimmungsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme. Lediglich die Antragsgegnerin zu 3) hat sich geäußert und bestätigt, dass sie sich mit der Antragstellerin und der Betreibergesellschaft darauf geeinigt habe, dass die Antragstellerin „ab Beendigung der Planungen“ ihre Vertragspartnerin sei.

## **II.**

## **9**

Der Senat bestimmt das Landgericht München II als das für das selbständige Beweisverfahren gegen die Antragsgegner zu 1) bis 3) örtlich zuständige Gericht.

## **10**

1. Das Bayerische Oberste Landesgericht ist gemäß § 36 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 9 EGZPO für die Bestimmung des gemeinsam örtlich zuständigen Gerichts zuständig. Die Antragsgegnerin zu 3) hat keinen allgemeinen inländischen Gerichtsstand. Der Antragsgegner zu 1) und die Antragsgegnerin zu 2) haben ihren jeweiligen Gerichtsstand (§§ 17, 19a ZPO) in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken, nämlich München und Frankfurt a. M., sodass das gemeinschaftliche im Rechtszug zunächst höhere Gericht gemäß § 36 Abs. 1 ZPO der Bundesgerichtshof ist. An dessen Stelle befindet gemäß § 36 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 9 EGZPO das Bayerische Oberste Landesgericht, weil das mit der Sache bereits befasste Gericht in Bayern liegt.

## **11**

Die Antragstellerin hat klargestellt, dass sie keine Bestimmung der funktionalen Zuständigkeit durch das Bayerische Oberste Landesgericht begehrt, das dafür nicht zuständig wäre (vgl. BayObLG, Beschluss vom 25. Juli 2022, 101 AR 36/22, juris Rn. 35 ff.).

## **12**

2. Die Voraussetzungen für eine Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO liegen vor.

## **13**

a) Die Norm ist auch in Fällen anzuwenden, in denen hinsichtlich eines Antragsgegners im Inland lediglich ein besonderer Gerichtsstand nach den unionsrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen begründet ist und die anderen Antragsgegner ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inland haben (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Mai 2013, X ARZ 65/13, juris Rn. 16).

## **14**

Für die in Österreich ansässige Antragsgegnerin zu 3) sind die deutschen Gerichte infolge der Gerichtsstandsvereinbarung international zuständig. Der von der Antragstellerin und der Antragsgegnerin unterschriebene Werkvertrag sowie der Nachtrag enthalten jeweils in Ziffer 6 des Vertrags eine die Zuständigkeit des Landgerichts München II begründende Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 Brüssel-la-VO. Anhaltspunkte, die gegen die materielle Wirksamkeit dieser Vereinbarung (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 Brüssel-la-VO) sprechen könnten, bestehen nicht. Auch die Formerfordernisse gemäß Art. 25 Abs. 1 Satz 3 Buchst. a) Brüssella-VO sind erfüllt.

## **15**

b) Eine Bestimmung des zuständigen Gerichts kann in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO auch für ein selbständiges Beweisverfahren vorgenommen werden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10. Juni 2020, 1 AR 39/20, juris Rn. 29 m. w. N.). Dass dieses bereits anhängig ist, steht der Gerichtsstandsbestimmung nicht entgegen, denn über den Wortlaut des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinaus kann eine Bestimmung auch noch nach Rechtshängigkeit erfolgen (vgl. BayObLG, a. a. O., Rn. 30), wenn sich das selbständige Beweisverfahren, wie hier gegen alle Antragsgegner des Bestimmungsverfahrens richtet.

## **16**

c) Die Antragsgegner werden nach dem maßgeblichen (vgl. Schultzky in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 36 Rn. 28) und nunmehr auch schlüssigen Vorbringen der Antragstellerin als Streitgenossen im Sinne von §§ 59, 60 ZPO in Anspruch genommen.

#### 17

Für eine Streitgenossenschaft genügt es, dass die Ansprüche in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen, der sie ihrem Wesen nach als gleichartig erscheinen lässt (BGH, Beschluss vom 6. Juni 2018, X ARZ 303/18, MDR 2018, 951 Rn. 12). Das ist hier der Fall. Mit dem Beweisantrag sollen die behaupteten Mängel und die für die Ersatzvornahme erforderlichen Kosten festgestellt werden. Im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens genügt es, dass die Antragsgegnerin zu 3) und die R. GmbH & Co. KG als Schadensverursacherinnen alternativ oder kumulativ in Betracht kommen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10. Juni 2020, 1 AR 45/20, juris Rn. 22).

#### 18

Dass die Ansprüche in der Hauptsache gegen den Antragsgegner zu 1) auf Feststellung zur Tabelle und gegen die Antragsgegnerinnen zu 2) und 3) auf Zahlung gerichtet sind, steht der Annahme der Gleichartigkeit der Ansprüche im Sinne des § 60 ZPO nicht entgegen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29. Januar 2020, 8 AR 10/20, juris Rn.13; BayObLG, Beschluss vom 28. Mai 2002, 1Z AR 49/02, juris Rn. 8).

#### 19

d) Ein gemeinsamer Gerichtsstand nach § 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der einer Bestimmung grundsätzlich entgegensteht, ist im Streitfall nicht eröffnet.

#### 20

aa) Insbesondere besteht für die Hauptsache kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand am Ort des Bauvorhabens.

#### 21

Für den Antragsgegner zu 1) existiert - anders als für die R. GmbH & Co. KG - ein ausschließlicher Gerichtsstand nach § 180 Abs. 1 Satz 3 InsO in Kempten. Etwas anderes folgt nicht aus der Gerichtsstandsvereinbarung, die die Antragstellerin mit der Auftragnehmerin, der Insolvenzschuldnerin, gemäß § 38 Abs. 1, § 40 ZPO wirksam geschlossen hatte und den Insolvenzverwalter im Rechtsstreit wegen Ansprüchen aus einem nach Insolvenzeröffnung fortgeführten Werkvertrag binden könnte (vgl. BayObLG, Beschluss vom 9. März 1999, 1Z AR 5/99, BayObLGZ 1999, 75 [juris Rn. 7]; Schultzky in Zöller, ZPO, § 38 Rn. 13; Heinrich in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 38 Rn. 6; Roth in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 19a Rn. 7; Cranshaw, jurisPR-HaGesR 6/2019, Anm. 2 zu BayObLG, Beschluss vom 15. Mai 2019, 1 AR 36/19; Treffer, Anm. zu LG Kleve, Beschluss vom 13. Dezember 2000, 7 O 75/00, MDR 2001, 291; a. M. Patzina in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 38 Rn. 20). Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich, dass die Arbeiten der Auftragnehmerin vor deren Antrag auf Insolvenzeröffnung abgeschlossen waren, sodass die im Beweisverfahren zu beweisenden Umstände nicht zu Ansprüchen führen können, die als Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO anzusehen wären. In der Hauptsache geht es vielmehr um Insolvenzforderungen im Sinne von § 38 InsO, die gemäß §§ 87, 174 ff. InsO durch Anmeldung zur Tabelle geltend gemacht worden sind.

#### 22

Die Ansprüche gegen die Antragsgegnerin zu 2) aus der Bürgschaft sind nicht auf Mangelbeseitigung, sondern auf Geldzahlung gerichtet. Der Erfüllungsort für diese Verpflichtung liegt nicht am Ort des Bauvorhabens, sondern gemäß § 270 Abs. 4, § 269 Abs. 1 BGB am Sitz der Antragsgegnerin zu 2) (vgl. BayObLG, Beschluss vom 12. Februar 2020, 1 AR 94/19, NJW-RR 2020, 763 [juris Rn. 36]; Schultzky in Zöller, ZPO, § 29 Rn. 25.14 m. w. N.), und damit im Bezirk des Landgerichts Wiesbaden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass abweichend hiervon als Erfüllungsort für die Verbindlichkeiten aus den Bürgschaften der Leistungsort der Hauptverbindlichkeit maßgeblich sein sollte.

#### 23

bb) Am allgemeinen Gerichtsstand der Antragsgegnerin zu 2) kann die Antragstellerin die anderen Antragsgegner schon wegen der ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung mit der Antragsgegnerin zu 3) auch nicht nach Art. 8 Nr. 1 Brüssel-Ia-VO in Anspruch nehmen (vgl. zum alten Recht: BGH, Beschluss vom 19. März 1987, I ARZ 903/86, NJW 1988, 646 [juris Rn. 7]).

#### 24

Die zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 3) getroffene Gerichtsstandsvereinbarung ist mangels einer abweichenden Vereinbarung ausschließlich. Nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 Brüssel-Ia-VO begründet die Prorogation im Interesse der Rechtssicherheit im Zweifel die ausschließliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts. Die Formulierung „Als Gerichtsstand wird ... vereinbart“ enthält keine Anhaltspunkte, die diese Vermutung widerlegen könnten (vgl. Mankowski in Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2021, Brüssel Ia-VO Art. 25 Rn. 338 und 341). Art. 25 Brüssel-Ia-VO verdrängt die gesetzlichen Zuständigkeiten nach Art. 4, 7 und 8 Brüssella-VO (Hausmann in Staudinger, BGB, Verfahrensrecht für internationale Verträge Internationale Zuständigkeit für Vertragsklagen; Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Neubearbeitung 2021, Rn. 486).

## 25

e) Der Zuständigkeitsbestimmung steht im Streitfall nicht entgegen, dass mit der Antragsgegnerin zu 3) ein ausschließlicher Gerichtsstand bei einem Gericht vereinbart worden ist, an dem keiner der Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

## 26

aa) Eine Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO setzt zwar grundsätzlich voraus, dass die Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand eines von ihnen verklagt werden sollen. Nach ständiger Rechtsprechung können jedoch besondere Sachgründe, gegebenenfalls auch eine durch Prorogation begründete ausschließliche Gerichtszuständigkeit, eine Ausnahme von dem Grundsatz zulassen (vgl. BGH, Urt. v. 19. März 2008, I ZR 166/05, NJW 2008, 3789 Rn. 11 m. w. N.; Beschluss vom 16. Februar 1984, I ARZ 395/83, BGHZ 90, 155 [159 f., juris Rn. 9 f.]; BayObLG, Beschluss vom 5. März 2020, 1 AR 2/20, juris Rn. 17).

## 27

Das mit einem Streitgenossen als ausschließlich zuständig vereinbarte Gericht kann dem durch die Prorogation Begünstigten nicht durch eine Gerichtsstandsbestimmung entzogen werden (BGH, Beschluss vom 19. März 1987, I ARZ 903/86, NJW 1988, 646 [647 juris Rn. 8]; BayObLG, Beschluss vom 25. Juli 2022, 101 AR 36/22, juris Rn. 30 m. w. N.). Den anderen Streitgenossen kann dieses Gericht über eine Bestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nur aufgedrängt werden, wenn - wie hier - ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand mit die übrigen Streitgenossen nicht bestanden hat und zudem den anderen Streitgenossen unter Berücksichtigung der mit der Prorogation verfolgten Zwecke zugemutet werden kann, sich ebenfalls vor diesem Gericht verklagen zu lassen (BGH NJW 2008, 3789 Rn. 11 m. w. N.; BayObLG, Beschluss vom 25. Juli 2022, 101 AR 36/22, juris Rn. 30 m. w. N.; Beschluss vom 9. März 1999, 1Z AR 5/99, BayObLGZ 1999, 75 [77 juris Rn. 8]).

## 28

bb) Der für den Antragsgegner zu 1) bestehende ausschließliche Gerichtsstand nach § 180 Abs. 1 InsO steht der Bestimmung eines anderen Gerichts nicht entgegen.

## 29

Eine - örtlich oder sachlich - ausschließliche Zuständigkeit nimmt dem übergeordneten Gericht im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht die Möglichkeit, unter den verschiedenen als zuständig in Betracht kommenden Gerichten eine Auswahl zu treffen. Die Besonderheit einer ausschließlichen Zuständigkeit besteht darin, dass weder durch Parteivereinbarung noch durch rügelose Einlassung (§§ 38 - 40 ZPO) die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet werden kann. Daraus folgt aber nicht, dass eine ausschließliche Zuständigkeit auch im Verfahren nach §§ 36, 37 ZPO unabänderlich festläge und dass es generell und grundsätzlich der Absicht des Gesetzes widerspräche, wenn in diesem Verfahren das nicht ausschließlich zuständige Gericht ausgewählt würde (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Februar 1984, I ARZ 395/83, BGHZ 90, 155 [juris Rn. 9]; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12. Februar 2021, 14 AR 5/20, juris Rn. 35; OLG Köln, Beschluss vom 29. Januar 2020, 8 AR 10/20, juris Rn. 16). Dies gilt insbesondere für den Fall des hier gegebenen ausschließlichen Gerichtsstand nach § 180 Abs. 1 InsO (vgl. OLG Köln a. a. O.), mit dem lediglich eine weitgehende örtliche Konzentration von Feststellungsstreitigkeiten erreicht werden soll (vgl. Zenker in BeckOK Insolvenzrecht, 27. Ed. Stand: 15. April 2022, InsO § 180 Rn. 13).

## 30

cc) Den Antragsgegnern zu 1) und zu 2) ist es im Streitfall zumutbar, sich vor dem Landgericht München II zu verteidigen, in dessen Bezirk das Bauwerk steht.

**31**

Mit ihnen wurde kein anderer ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart, der ihnen durch eine Gerichtsstandsbestimmung nicht entzogen werden könnte (vgl. BayObLG, Beschluss vom 28. Oktober 2020, 1 AR 78/20, juris Rn. 30).

**32**

Bei den mit der Prorogation verfolgten Zwecken ist zu berücksichtigen, dass sich am vereinbarten Gerichtsstand das Bauwerk befindet und für die Antragsgegnerin zu 3) kein allgemeiner inländischer Gerichtsstand besteht. Dies sind besondere Umstände, die es nach der Rechtsprechung rechtfertigen, aus Zweckmäßigkeitsgründen den mit einem Streitgenossen vereinbarten Gerichtsstand nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zu bestimmen (vgl. BGH, NJW 1988, 646 [647 juris Rn. 8]; BayObLG, BayObLGZ 1999, 75 [77, juris Rn. 9]).

**33**

Zwar wird die Bestimmung des einseitig vereinbarten Gerichtsstands des Gläubigers der Hauptschuld für den durch die Prorogation nicht gebundenen Bürgen in der Regel als unzumutbar anzusehen sein (BayObLG, Beschluss vom 5. März 2020, 1 AR 2/20, juris Rn. 28; BayObLGZ 1999, 75 [77 juris Rn. 9]). Hier geht es jedoch um eine Gerichtsstandsvereinbarung mit einem Dritten, hinsichtlich der besondere Umstände vorliegen, die zu einer anderen Beurteilung führen. Es sprechen gewichtige Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte dafür, den vereinbarten Gerichtsstand im Landgerichtsbezirk München II zu wählen. Denn dieser liegt am Standort des zum Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens gemachten Bauwerks und die Bestimmung des Gerichts an diesem Ort führt zur Erleichterung der Beweisaufnahme. In einer solchen Situation wäre es - ohne eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung - zweckmäßig, statt eines allgemeinen Gerichtsstands den besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsorts zu wählen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 AR 54/19, juris Rn. 26).

**34**

Sonstige Gründe, die hier dennoch einer Bestimmung des Landgerichts München II entgegenstehen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

**35**

f) Das Landgericht München II ist mithin als gemeinsamer Gerichtsstand zu bestimmen. Für die Auswahl eines anderen Gerichts unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ist aus den oben dargestellten Gründen vorliegend kein Raum.

**36**

3. Die Bestimmung der funktionell zuständigen Kammer durch das Bayerische Oberste Landesgericht begehrt die Antragstellerin nicht mehr.

**37**

Die Entscheidung über die aufgrund des Hinweises des Landgerichts München II von der Antragstellerin begehrten Bestimmung der gemeinsam funktionell zuständigen Kammer obliegt gemäß § 36 Abs. 1 ZPO demjenigen Oberlandesgericht, das dem Landgericht, dessen örtliche Zuständigkeit aufgrund der Bestimmungsentscheidung des Senats feststeht, übergeordnet ist (vgl. BayObLG, Beschluss vom 25. Juli 2022, 101 AR 36/22, juris Rn. 39).

**38**

Das Verfahren wird insoweit an das Oberlandesgericht München abgegeben.