

Alexander Hoppe

Die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung



Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Ingo Saenger,
Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 41

Alexander Hoppe

Die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2016

ISBN 978-3-8487-4087-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8396-8 (ePDF)

D 6

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis März 2017 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Ingo Saenger*. Er hat mich nicht nur bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt, sondern als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl gefördert und mir die nötigen Freiräume sowie Einblicke in die Wissenschaft gegeben. Diese persönlich wie fachlich sehr wertvolle Zeit am Münsteraner Institut hat mich geprägt und wird mir aufgrund zahlreicher Freundschaften und Begegnungen in besonders schöner Erinnerung bleiben. Stellvertretend für den hervorragenden Zusammenhalt unseres Lehrstuhl-Teams seien *Andrea Freund*, *Lars Bühren*, Dr. *Niklas Cordes*, Dr. *Nadja Al-Wraikat* sowie Dr. *Lisanne Uphoff* genannt. Herrn Professor Dr. *Hisanori Nemoto* danke ich für den gegenseitigen Austausch während seiner Zeit in Münster und den Einblick in seine Forschung.

Dank gebührt ferner Herrn Professor Dr. *Thomas Klicka* für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herren Professoren Dr. *Ingo Saenger*, Dr. *Fabian Wittreck* und Dr. *Michael Heghmanns* für die Aufnahme in die Fakultätsschriftenreihe. Der *Johanna und Fritz Buch* Gedächtnis-Stiftung und dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e.V. an der Universität Münster danke ich für die Gewährung von großzügigen Druckkostenzuschüssen.

Ein ganz besonderer Dank gilt meinen Freunden *Daniel Weidemann* und Dr. *Christopher Danwerth*, mit denen ich nicht nur das Studium, sondern anschließend auch die Zeit der Anfertigung dieser Arbeit meistern durfte. Sie haben mich seit dem ersten Studientag vor allem persönlich, aber auch fachlich unterstützt und stehen mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite.

Zu guter Letzt möchte ich mich bei meinen Eltern *Ursula und Horst Hoppe* bedanken. Ohne sie wäre mir so vieles nicht möglich gewesen, ihre Unterstützung und unser Zusammenhalt geben mir stets Kraft für alle Vorhaben und Ziele. Daher ist ihnen diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im März 2017

Alexander Hoppe

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Das Recht zur Streitverkündung	15
§ 1 Einführung	15
A. Gegenstand der Untersuchung	15
B. Gang der Untersuchung	17
§ 2 Die Streitverkündung	19
A. Beteiligte einer Streitverkündung	19
I. Ausschluss gemäß § 72 II ZPO	19
II. Weitere Ausnahmen	21
B. Anhängiger Rechtsstreit	22
I. Das Tatbestandsmerkmal Rechtsstreit in § 72 I ZPO	22
II. Zeitpunkt der Streitverkündung	26
C. Streitverkündungsgrund	30
I. Ungünstiger Ausgang des Prozesses	30
II. Beurteilungsperspektive für das Vorliegen eines Streitverkündungsgrundes	32
III. Möglicher Anspruch des Streitverkünders gegen den Dritten	33
1. Ansprüche auf Gewährleistung oder Schadloshaltung	33
2. Weitere Fallgruppen	35
a) Zweck der Streitverkündung	35
b) Streitverkündung in Alternativverhältnissen	38
c) Streitverkündung bei kumulativer Haftung	42
d) Streitverkündung bei subsidiärer Haftung	43
e) Geplante Erweiterung durch den Änderungsentwurf zu § 72 I ZPO	45
IV. Drohender Anspruch des Dritten gegen den Streitverkünder	46
V. Nebeninterventionsgrund und Streitverkündungsgrund	48
VI. Möglichkeit einer allgemeinen Definition des Streitverkündungsgrundes	50

D. Sonstige Voraussetzungen	51
I. Streitverkündungsschrift	52
II. Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit	55
E. Handlungsalternativen des Streitverkündungsempfängers	56
I. Beitritt	56
1. Voraussetzungen durch Verweis auf die Nebenintervention	56
2. Beitritt beim Gegner des Streitverkünders	60
3. Auswirkungen des Beitritts	61
a) Gerichtliche Prüfung gemäß § 71 I ZPO	61
b) Gerichtliche Prüfung im Zweitprozess	63
c) Verlust des Rügerechts gemäß § 295 I ZPO	65
II. Nichtbeitritt und weitere Fälle von § 74 II ZPO	67
III. Mehrfache Streitverkündung	69
1. Weitere Streitverkündung	69
2. Doppelte Streitverkündung	71
3. Mehrmalige Streitverkündung	71
IV. Zwischenergebnis	72
F. Rechtsfolgen einer Streitverkündung	72
I. Prozessual: Die Interventionswirkung	72
1. Voraussetzungen der Interventionswirkung	73
2. Umfang und Inhalt der Interventionswirkung	75
a) Reichweite der Interventionswirkung	75
aa) Objektiver Umfang der Interventionswirkung	76
bb) Subjektiver Umfang der Interventionswirkung	77
b) Interventionswirkung und Rechtskraft	80
3. Grenzen der Interventionswirkung	82
a) Einrede der mangelhaften Prozessführung	82
b) Widerspruch zum Verhalten der Hauptpartei	85
c) Sonderfall: Rechtsmittelfrist	85
d) Problem der doppelten Interventionswirkung	86
e) Zwischenstreit gemäß § 71 I ZPO	89
f) Non-liquet-Entscheidung im Ausgangsprozess	90
II. Materiell-rechtliche Folgen: Verjährungshemmung	91
III. Zwischenergebnis	96

Teil 2: Streitverkündung im Gesellschaftsrecht	97
§ 3 Die offene Handelsgesellschaft	97
A. Streitverkündung in Regresssituationen	97
I. Grundzüge des Haftungssystems der oHG	98
II. Gesellschafter als Streitverkündungsempfänger	98
III. Streitverkündung im Gesellschaftsprozess	100
1. Interessenkonflikte im Rahmen der Streitverkündungserklärung	102
a) Erklärungsbefugnis eines nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters	102
aa) Entziehung der Vertretungsmacht gemäß § 127 HGB	102
bb) Notgeschäftsführungsrecht gemäß § 744 II BGB	103
cc) Prozessführungsbefugnis aus besonderen Umständen	104
dd) Eigener Ansatz mithilfe der actio pro socio	105
b) Gesamtvertretung	107
aa) Erneute Anwendung der actio pro socio	108
bb) Grundsätze zur Vermeidung der Handlungsunfähigkeit	108
c) Streitverkündung durch einen besonderen Vertreter	110
aa) Der besondere Vertreter im Aktien- und GmbH-Recht	111
bb) Bedürfnis nach einem besonderen Vertreter im Recht der oHG	112
(1) § 29 BGB	112
(2) § 57 ZPO	113
(3) §§ 46 Nr. 8 GmbHG; 147 AktG	116
d) Zwischenergebnis	120
2. Streitverkündungsgründe der oHG	121
a) Ansprüche auf Gewährleistung	121
b) Ansprüche auf Schadloshaltung	122
c) Alternativ bestehende Ansprüche	127
d) Ansprüche eines Dritten	129
e) Mehrfache Streitverkündung	132
3. Streitverkündung durch den Prozessgegner der oHG	133

4. Beitrittsrecht des Streitverkündeten Gesellschafters	137
5. Streitverkündung zur Schadensminderung	139
6. Gesellschaftsprozess unter Beteiligung von Anwälten	141
7. Zwischenergebnis	142
IV. Streitverkündung im Gesellschafterprozess	143
1. Streitverkündung des Gesellschafters	143
a) Streitverkündungsgründe gegenüber der Gesellschaft	144
aa) Schadloshaltung gemäß § 110 I HGB	144
bb) Schadloshaltung aus übergegangener Forderung	148
cc) Sonstige Tatbestände zur Schadloshaltung	150
dd) Streitverkündung gemäß § 72 I Var. 2 ZPO	152
b) Streitverkündungsgründe gegenüber Mitgesellschaftern	152
c) Streitverkündungsgründe gegenüber Dritten	155
2. Streitverkündung des ausgeschiedenen Gesellschafters	156
3. Streitverkündung durch den Prozessgegner des Gesellschafters	160
4. Zwischenergebnis	162
V. Innergesellschaftliche Streitigkeiten	162
1. Streitverkündung im actio pro socio-Prozess	163
2. Streitverkündung und subsidiäre Haftung	166
3. Probleme der Interventionswirkung	167
a) Interventionswirkung im actio pro socio-Prozess	168
b) Interventionswirkung zugunsten des Gesellschafters	169
4. Zwischenergebnis	169
B. Streitverkündung in der Insolvenz der Gesellschaft	170
I. Die Gesellschafterhaftung in der Insolvenz gemäß § 93 InsO	170
1. Streitverkündung durch den Insolvenzverwalter	171
2. Streitverkündung durch den Gesellschafter	175
a) Situation im Eröffnungsverfahren	176
b) Situation nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	178
3. Streitverkündung durch den Gläubiger	180
II. Streitverkündung und Insolvenzverwalterhaftung	181
III. Streitverkündung im Anfechtungsprozess	183
IV. Insolvenz des Gesellschafters	185
V. Zwischenergebnis	185

§ 4 Die Kommanditgesellschaft	187
A. Streitverkündung und Haftungsregress	187
I. Die Erklärung der Streitverkündung	187
II. Das Vorliegen von Streitverkündungsgründen	189
B. Streitverkündung und Insolvenz der KG	191
C. Zwischenergebnis	191
§ 5 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	193
A. Streitverkündung und Haftung der Gesellschaftsorgane	193
I. Grundzüge des Haftungssystems der GmbH	194
II. Geschäftsführer als Streitverkündungsempfänger	195
III. Streitverkündung und Geschäftsführerhaftung	196
1. Streitverkündung durch die Gesellschaft	197
a) Die Erklärungsbefugnis zur Streitverkündung	197
aa) Erklärung durch Geschäftsführer	198
bb) Erklärung durch Gesellschafter	200
cc) Erklärung durch Aufsichtsrat	203
dd) Zwischenergebnis	206
b) Streitverkündungsgrund	207
2. Streitverkündung durch Gesellschafter	211
3. Streitverkündung durch Geschäftsführer	212
4. Streitverkündung durch Dritte	215
5. Die Interventionswirkung gegenüber dem Geschäftsführer	217
6. Streitverkündung gegenüber Dritten	218
7. Zwischenergebnis	221
IV. Streitverkündung und Gesellschafterhaftung	222
V. Streitverkündung und Aufsichtsratschaftung	225
VI. Streitverkündung und Beiratshaftung	228
VII. Streitverkündung gegenüber der Gesellschaft	229
VIII. Pflicht zur Streitverkündung	230
IX. Zwischenergebnis	232
B. Streitverkündung und Gesellschafterbeschlüsse	233
I. Das Beschlussmängelrecht der GmbH	233
II. Streitverkündung in Beschlussmängelstreitigkeiten	235
III. Streitverkündung im Spruchverfahren	237
IV. Streitverkündung im Verfahren gemäß § 51b GmbHG	239

Inhaltsverzeichnis

V. Zwischenergebnis	241
C. Streitverkündung und Gesellschafterwechsel	241
I. Streitverkündung und Anteilsveräußerung	241
II. Streitverkündung und Gesellschafterausschluss	242
III. Zwischenergebnis	244
D. Streitverkündung und Insolvenz der GmbH	244
I. Haftung des Geschäftsführers	245
II. Haftung der Gesellschafter	250
III. Streitverkündung und Gesellschafterdarlehen	251
IV. Zwischenergebnis	252
§ 6 Die GmbH & Co. KG	253
A. Streitverkündung in der unternehmenstragenden GmbH & Co. KG	253
I. Gestaltungsgrundlagen der GmbH & Co. KG	253
II. Juristische Personen als Streitverkündungsempfänger	254
III. Konstellationen der Streitverkündung	255
B. Streitverkündung im Rahmen der Publikums-KG	260
I. Treugeberkommanditisten als Streitverkünder	262
II. Treugeberkommanditisten als Streitverkündungsempfänger	264
C. Streitverkündung und die Insolvenz der GmbH & Co. KG	265
D. Zwischenergebnis	265
§ 7 Zusammenfassung in Thesen	267
A. Grundlegendes zur Streitverkündung	267
B. Streitverkündung in oHG und KG	269
C. Streitverkündung in der GmbH	272
D. Streitverkündung in der GmbH & Co. KG	274
Literaturverzeichnis	277

Teil 1: Das Recht zur Streitverkündung

§ 1 Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Wer sich mit dem Gesellschaftsrecht beschäftigt, stößt früher oder später auf wie auch immer geartete Haftungsfragen. Gesellschaften und Haftung sind zwei untrennbar miteinander verbundene Aspekte. Insbesondere die Organhaftung ist dabei stets ein Garant für eine Fülle an Literatur. So befasste sich hiermit erst kürzlich der 70. Deutsche Juristentag¹ und auch abseits der juristischen Fachliteratur sichern Fälle sog. Managerhaftung² meist ein großes Publikum. Bei all dem geht es indes zumeist um Probleme des materiellen Rechts, welche Pflichten zu erfüllen sind oder wie groß der tatsächlich entstandene Schaden ist. Die prozessuale Seite der Medaille bleibt verblüffend häufig unbeachtet und führt deshalb in gewisser Weise ein Schattendasein. Dieser Zustand verwundert, da es neben der Frage, ob ein Anspruch besteht, gleichermaßen bedeutend ist, wie dieser Anspruch durchgesetzt werden kann. Gerade das kann sich im Einzelfall schwierig gestalten, wenn die zur Anspruchsverfolgung berufenen Akteure nur eingeschränkt tätig werden oder prozessuale Gründe entgegenstehen.

Die Zivilprozessordnung enthält in § 325 I das Fundamentalprinzip der subjektiven Rechtskraftwirkung *inter partes*. Das rechtskräftige Urteil wirkt danach lediglich für und gegen die Parteien des Prozesses. In gewisser Weise aufgeweicht wird dieser Grundsatz durch die infolge einer Streitverkündung hervorgerufene Interventionswirkung, da hierdurch Drit-

1 Zu Reformansätzen das Gutachten von *Bachmann*, Gutachten Organhaftung, S. E 9 ff.

2 So stellt sich etwa im sog. Volkswagen-Abgasskandal öffentlichkeitswirksam die Frage nach einer Haftung beteiligter Manager, dazu etwa FAZ v. 04.05.2016, S. 16; FAZ v. 01.10.2015, S. 25; FAS v. 13.12.2015, S. 25. Und auch in der Auseinandersetzung zwischen der Deutschen Bank und *Leo Kirch* steht am Ende verschiedener Verfahren voraussichtlich ein Vergleich mit dem ehemaligen Vorstandssprecher *Rolf-E. Breuer* in Millionenhöhe, vgl. FAZ v. 01.04.2016, S. 20.

te in Feststellungen einer Entscheidung einbezogen werden können. Die größte Prominenz erfährt die Streitverkündung bisher in baurechtlichen Sachverhalten.³ Das liegt vermutlich daran, dass sich insbesondere im Bauvertragsrecht mit dem Bauherrn, einem Architekten und verschiedenen Gewerken Mehrpersonenverhältnisse ergeben, in denen das Bedürfnis besteht, mehrere Rechtsstreitigkeiten einheitlich und widerspruchsfrei zu entscheiden. Derartige Mehrpersonenverhältnisse liegen im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten jedoch ebenfalls vor, weil mit der Gesellschaft, Gesellschaftern, Fremdorganen und Dritten in ähnlicher Art und Weise unterschiedliche Rechtsverhältnisse miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Dies trifft sowohl bei der kleinen Personengesellschaft als auch bei großen Kapitalgesellschaften zu. Daher drängt sich die Frage auf, ob die Streitverkündung nicht auch im Gesellschaftsrecht ein Baustein der Prozessführung sein kann.

In allgemeiner Hinsicht wurde die Streitverkündung bisher nicht in dem Maße untersucht, wie man es aufgrund ihrer Bedeutung und andauernden Existenz erwarten würde. Neben der bereits etwas älteren Dissertation von *Eibner* kann auf die rechtshistorische Arbeit von *Schäfer* hingewiesen werden, welche die Entwicklung vom Römischen Recht, der sog. *litis denuntatio*, bis zur heutigen Streitverkündung eingehend nachzeichnet.⁴ Darüber hinaus wird die Streitverkündung in anderen Monographien behandelt, ohne dabei im Mittelpunkt der Untersuchung zu stehen.⁵ Überdies liegen Abhandlungen zu Teilbereichen vor, konkret zur Interventionswirkung sowie zur Streitverkündung gegenüber dem Prozessbevollmächtigten.⁶ Mit dem Anwendungsbereich der Streitverkündung im Gesellschaftsrecht hat sich soweit ersichtlich bisher allein *Schwab* beschäftigt, der sich in seinem Aufsatz allerdings auf die aktienrechtliche Vorstandshaftung be-

3 Diese Bedeutung stellen auch *Sacher*, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 16. Teil Rn. 1 sowie *Ulrich*, BauR 2013, 9, 10 fest. *Kniffka/Koebler* widmen der Streitverkündung dementsprechend ein eigenes Kapitel.

4 Zur begrifflichen Herkunft der Streitverkündung *P. W. Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, S. 37 ff.; im Allgemeinen *Eibner*, Streitverkündung, aus dem Jahr 1986.

5 So etwa in den Arbeiten zur Drittbeteiligung von *Lüke*, Beteiligung Dritter im Zivilprozess; *Schultes*, Beteiligung Dritter am Zivilprozeß; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung.

6 *Ziegert*, Interventionswirkung; *Diedrich*, Interventionswirkung; *Gruschwitz*, Streitverkündung.

schränkt.⁷ Damit ist die Streitverkündung in abstrakter Hinsicht bisher nur eingeschränkt untersucht worden und bezüglich ihres Anwendungsbereichs im Gesellschaftsrecht nahezu gar nicht. Damit wird der Untersuchungsgegenstand offenbar: Inwiefern kann die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung eingesetzt werden und dadurch einen Beitrag zum Verhältnis von materiellem Recht und Zivilprozessrecht leisten. Dazu gilt es, sämtliche relevanten gesellschaftsrechtlichen Konfliktkonstellationen in Bezug auf die Streitverkündung zu untersuchen sowie festzustellen, ob die Streitverkündung in Haftungsfällen dazu geeignet ist, den möglichen aber oftmals nicht durchgeführten Regress zu erleichtern.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil dient zunächst einer grundlegenden Untersuchung der Streitverkündung. Dabei besteht das Bedürfnis, ungeklärte Problemstellungen über eine Darstellung des Meinungsspektrums hinaus aufzuzeigen und einer Lösung zuzuführen. Inhaltlich bietet sich insoweit eine Trennung zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Streitverkündung an. Außerdem wird ein Blick auf die Handlungsoptionen des Streitverkündungsempfängers geworfen.

Der zweite Teil widmet sich sodann den Personengesellschaften. Als Prototyp der Untersuchung dient insoweit die offene Handelsgesellschaft (oHG), da deren Haftungsverfassung maßgeblich auf die übrigen Personengesellschaften einwirkt. Aus diesem Grund wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nicht separat behandelt, weil die Regelungen der oHG seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR auf deren Haftungsregime ausstrahlen.⁸ Im Mittelpunkt stehen die Regresskonstellationen, daneben werden aber auch andere Aspekte behandelt.

Nachdem die Besonderheiten der Kommanditgesellschaft (KG) betrachtet wurden, soll die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in den Fokus rücken. Da die Haftungsstruktur der GmbH insoweit im

⁷ Schwab, NZG 2013, 521 ff.

⁸ Insoweit sei nur die grundlegende Entscheidung BGHZ 146, 341 genannt. Insbesondere die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ergibt sich demnach aus § 128 I HGB analog; statt aller zur Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 183 ff.

Grundsatz derjenigen der Aktiengesellschaft (AG) ähnelt, kann auf eine eigenständige Behandlung der AG verzichtet werden. Die betrachteten Konstellationen können vielmehr von der GmbH auf die AG übertragen werden. Gleiches gilt beispielsweise für Regresskonstellationen, die sich im Konzernrecht oder Umwandlungsrecht ergeben, weshalb insoweit ebenfalls keine eigenständige Bearbeitung erfolgt.

Der letzte Abschnitt beinhaltet mit der GmbH & Co. KG schließlich eine atypische Gesellschaftsform und umfasst zugleich die Erscheinungsform der Publikums-KG. Damit soll die Bandbreite gesellschaftsrechtlicher Prozessformen behandelt werden, an deren Ende sich eine Zusammenfassung der Ergebnisse anschließt. Die Untersuchung beschränkt sich des Weiteren auf die Streitverkündung in Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sodass sowohl Fragen des Schiedsverfahrensrechts als auch solche Aspekte, die sich infolge eines internationalen Bezugs ergeben, weitgehend ausgeklammert werden.⁹

9 Insofern kann für Sachverhalte innerhalb der Europäischen Union auf Art. 65 I 2 Brüssel Ia-VO (EU Nr. 1215/2012) verwiesen werden; zur grenzüberschreitenden Streitverkündung, wenn auch unter Berücksichtigung der alten Rechtslage, weiterführend *von Paris*, Streitverkündung im europäischen Interventionsrecht, sowie zu Möglichkeiten der Drittbeteiligung in anderen Staaten *B. Kraft*, Streitverkündung und Third Party Notice; *Meier*, Grenzüberschreitende Drittbeteiligung.

§ 2 Die Streitverkündung

Als notwendige Vorstufe zu der gesellschaftsrechtlichen Untersuchung muss die Streitverkündung zunächst isoliert betrachtet und einzelne Streitfragen gelöst werden. Dazu werden zu Beginn die Voraussetzungen der Streitverkündung erläutert, bevor im Anschluss die Handlungsalternativen des Streitverkündungsempfängers und die Rechtsfolgen der Streitverkündung aufgezeigt werden.

A. Beteiligte einer Streitverkündung

Bei der Streitverkündung gibt es grundsätzlich zwei Beteiligte. Diejenige Partei, die eine Streitverkündung erklärt, wird gemäß § 74 I ZPO als Streitverkünder bezeichnet. Ihm gegenüber steht der Streitverkündungsempfänger, der alternativ auch als Streitverkündeter, Verkündungsempfänger, Streitverkündungsgegner oder Streitbenachrichtigter bezeichnet wird.¹ Gemäß § 72 I ZPO kann dies grundsätzlich jeder Dritte sein.

I. Ausschluss gemäß § 72 II ZPO

Nach § 72 II 1 ZPO² sind das Gericht und ein vom Gericht ernannter Sachverständiger nicht Dritte im Sinne des § 72 ZPO. Die Ausnahme hinsichtlich des gerichtlichen Sachverständigen soll eine Verfahrensverzögerung sowie eine Behinderung von dessen Gutachtertätigkeit verhindern, indem dieser sich durch einen Missbrauch der Streitverkündung unter Druck gesetzt fühlen könnte.³ Das Gericht ist ausdrücklich in die Ausschlussregelung des § 72 II ZPO mit einbezogen worden, um etwaige Umkehrschlüsse zu vermeiden.⁴ Ein derartiger Umkehrschluss verbietet sich

1 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 72 Rn. 1; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, § 72 Rn. 1; *Krüger/Rahlmeyer*, JA 2014, 202.

2 Absatz 2 wurde (erst) durch das Zweite Gesetz zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416) eingefügt.

3 So argumentiert der Gesetzgeber in BT-Drucks. 16/3038, 36 f.; zu der Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen vor der Regelung in § 72 II ZPO vgl. *Rickert/König*, NJW 2005, 1829.

4 BT-Drucks. 16/3038, 24.

jedoch auch ohne gesetzgeberische Klarstellung und ist allein deshalb fernliegend, weil das Gericht einer Prozesspartei nicht beitreten kann. Daher wird die Regelung insoweit zu Recht als überflüssig angesehen.⁵ Fraglich ist, ob der Ausschlussstatbestand auf weitere Personen angewendet werden kann. Das OLG Frankfurt⁶ hat für den sachverständigen Zeugen eine Stellung als Streitverkündungsempfänger ausgeschlossen, ohne jedoch auf § 72 II 1 ZPO einzugehen. Soweit ersichtlich, ist es bei dieser Auffassung bislang geblieben. *Braun* verneint eine Streitverkündung gegenüber sämtlichen Zeugen im Hinblick auf deren Wahrheitspflicht, da sie durch eine Streitverkündung einseitig zugunsten der streitverkündenden Partei beeinflusst seien.⁷ Diese Begründung scheint äußerst dünn. Von einem Zeugen kann insofern erwartet werden, dass er sich nicht durch eine Streitverkündung von einer wahrheitsgemäßen Aussage abbringen lässt, zu der er ohnehin verpflichtet ist. Die Streitverkündung sollte insofern auch nicht als Drohung, sondern als Instrument zur Gewährleistung gleichgerichteter Prozessergebnisse verstanden werden. Zusätzlich besteht mit § 72 II 1 ZPO bereits eine Ausnahnevorschrift, die zum einen verhältnismäßig neu und zum anderen jedenfalls nur erschwert einer analogen Anwendung zugänglich ist.⁸ Daher sind Zeugen und sachverständige Zeugen ebenfalls Dritte im Sinne von § 72 I ZPO.

Daneben hatte das OLG München⁹ den Prozessbevollmächtigten der gegnerischen Partei nicht als tauglichen Streitverkündungsempfänger angesehen. Im Gegensatz hierzu hat der BGH jedoch in der nachfolgenden Instanz entschieden, dass eine Streitverkündung gegenüber dem eigenen sowie dem gegnerischen Prozessbevollmächtigten möglich ist.¹⁰ Dem BGH ist in seinem Verständnis von § 72 II ZPO zuzustimmen. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke erscheint sehr fraglich, da eine

5 Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 84 Rn. 2; Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, Rn. 658.

6 OLG Frankfurt 2008, 244; a. A.: Vollkommer, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 1.

7 Braun, Zivilprozeßrecht, S. 1095.

8 Zur Frage der analogen Anwendung von Ausnahnevorschriften Larenz, Methodenlehre, S. 355 f.

9 OLG München, Beschl. v. 14.05.2009 – 1 W 875/09, BeckRS 2009, 12816.

10 BGH NJW 2011, 1078, 1079; Schultes, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 3; Braun, Zivilprozeßrecht, S. 1095; a. A. Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, § 72 Rn. 6a; Gehrlein, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 72 Rn. 3; zum Ganzen überblicksartig die Dissertation von Gruschwitz, Streitverkündung gegenüber dem Prozessbevollmächtigten.

konkrete Ausnahmeregelung bereits besteht. Eine analoge Anwendung von § 72 II ZPO auf andere Personen oder Verfahrensbeteiligte ist somit im Ergebnis nicht möglich.¹¹

Aus § 72 II 2 ZPO i. V. m. § 73 S. 2 ZPO ergibt sich eine Verweigerungspflicht des Gerichts in Bezug auf die Zustellung der Streitverkündung. Das Gericht hat die entgegen § 72 II 1 ZPO erklärte Streitverkündung daher ohne Zutun des Amtes wegen zurückzuweisen.¹² Eine dennoch zugestellte Streitverkündung kann der Streitverkündungsempfänger mit der sofortigen Beschwerde angreifen.¹³

II. Weitere Ausnahmen

Ebenso denknotwendig kann gegenüber der anderen Prozesspartei keine Streitverkündung erfolgen.¹⁴ Der Streitverkündungsempfänger darf weder im Zeitpunkt der Streitverkündung noch bei Beendigung des Vorprozesses Partei des Prozesses sein.¹⁵ Außerdem wird teilweise eine Streitverkündung gegenüber einem gesetzlichen Vertreter verneint.¹⁶ Eine nähere Begründung findet sich dazu nicht, sodass auf diesen Aspekt im weiteren Verlauf der Arbeit insbesondere hinsichtlich der Vertreter von Gesellschaften einzugehen sein wird.¹⁷

Vereinzelt wird überdies vertreten, dass der notwendige Streitgenosse des Streitverkünders oder der Gegenpartei kein möglicher Streitverkündungsempfänger sei.¹⁸ *Schellhammer* beruft sich auf den BGH, der in dem angeführten Urteil jedoch lediglich die Streitverkündung gegenüber einem einfachen Streitgenossen für zulässig erklärt hat.¹⁹ Im Umkehrschluss eine

11 So ebenfalls im Zusammenhang mit der Streitverkündung an einen gesetzlichen Parteivertreter für § 72 II 2 ZPO das OLG Köln NJW 2015, 3317, 3318.

12 BGHZ 168, 380, 384; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 1a.

13 BGH NJW 2007, 919; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 1a.

14 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 11; *Bendtsen*, in: Hk-ZPO, § 72 Rn. 5.

15 *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 29.

16 *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 1; *Gehrlein*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 72 Rn. 3; *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 1626.

17 Siehe § 3 A. II. sowie § 5 A. II.

18 *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 1626; nur für den notwendigen Streitgenossen der Gegenpartei verneinend: *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 29.

19 BGHZ 8, 72, 78.

Streitverkündung gegen einen notwendigen Streitgenossen abzulehnen, ist jedoch nicht zwingend. In der Literatur wird bei der Frage der Streitverkündung in der Regel nicht zwischen einfachen und notwendigen Streitgenossen unterschieden, sondern allgemein eine Streitverkündung gegenüber dem Streitgenossen bejaht.²⁰ *Mansel* begründet seine abweichende Auffassung damit, dass der notwendige Streitgenosse des Prozessgegners dem Streitverkünder nicht beitreten kann, ohne sich selbst zu schaden.²¹ Allerdings könnte er dem eigenen Streitgenossen beitreten,²² was für den Streitverkünder wegen § 67 und § 68 ZPO insbesondere in Bezug auf die Interventionswirkung zwar nur einen eingeschränkten Erfolg hätte, jedoch nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit einer Streitverkündung ändert. Zusammenfassend ist der Begriff des Dritten in § 72 I ZPO somit sehr weit auszulegen und umfasst unter Ausschluss der beschriebenen Fälle nahezu jede Person.

B. Anhängiger Rechtsstreit

Überwiegend wird vorausgesetzt, dass eine Streitverkündung nur während eines anhängigen Rechtsstreits erfolgen kann.²³ Dazu gilt es einerseits zu klären, welche Verfahrensarten von dem Begriff Rechtsstreit erfasst sind. Andererseits soll zur Frage des Zeitpunkts einer Streitverkündung Stellung genommen werden.

I. Das Tatbestandsmerkmal Rechtsstreit in § 72 I ZPO

Zunächst ergibt sich systematisch bereits aus der Stellung der Streitverkündungsvorschriften im 1. Buch der ZPO, dass unter einem Rechtsstreit

20 So etwa *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 7; *Schultes*, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 15; *Vollkommer*, in: Zöllner, ZPO, § 72 Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 11; aus der Rechtsprechung vgl. OLG Hamm NJW-RR 1996, 969, 970.

21 *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 29 i. V. m. § 66 Rn. 28.

22 Dies bejaht auch *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 66 Rn. 28.

23 So z. B. BGHZ 92, 251; *Schultes*, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 4; *Bendtsen*, in: Hk-ZPO, § 72 Rn. 6; *Vollkommer*, in: Zöllner, ZPO, § 72 Rn. 3; *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 561.

sämtliche nachfolgenden Erkenntnisverfahren erfasst sind.²⁴ Andere Autoren halten die Streitverkündung in Rechtsstreitigkeiten jedweder Art,²⁵ in allen Klageverfahren²⁶ oder gar in jedem Verfahren, in dem das Bedürfnis nach einer Streitverkündung besteht,²⁷ für zulässig. Unter den Begriff des Rechtsstreits werden demnach grundsätzlich alle Verfahren nach der ZPO subsumiert.²⁸ Die Auslegung, ob ein Rechtsstreit vorliegt, erfolgt dabei in § 72 I ZPO gleichlaufend zum Anwendungsbereich der Nebenintervention nach § 66 I ZPO.²⁹

Ein Streitpunkt ist die Anwendbarkeit der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren, die jedoch heute überwiegend anerkannt wird.³⁰ Zwischen den eine Streitverkündung behandelnden Ansichten besteht lediglich noch dahingehend Streit, ob eine Analogie erforderlich ist.³¹ Eine analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften wird für erforderlich gehalten, da ein *Obsiegen* im Sinne des § 66 I ZPO nicht im selbständigen Beweisverfahren, sondern erst im nachfolgenden Prozess möglich sei.³² Indes spricht der Wortlaut des § 72 I ZPO von einem *ungünstigen Ausgang* des Rechtsstreits und nicht wie § 66 I ZPO von einem *Obsiegen*. § 74 I ZPO erklärt im Falle eines Beitritts des Streitverkündungsempfängers lediglich die Grundsätze der Nebenintervention für anwendbar, nicht jedoch den § 66 I ZPO als solchen inklusive aller Voraussetzungen. Ein Gleichlauf zwischen den beiden Instituten scheint insoweit zwar sinnvoll, ist jedoch gesetzlich gerade nicht uneingeschränkt angeordnet. Sofern man die Analogie mit dem Tatbestandsmerkmal *obsiegen* be-

24 Eibner, Streitverkündung, S. 33 f.

25 Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, § 72 Rn. 2.

26 Bendtsen, in: Hk-ZPO, § 72 Rn. 6 i. V. m. § 66 Rn. 3.

27 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 8.

28 Dressler, in: BeckOK-ZPO, § 72 Rn. 4.

29 Gehrlein, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 72 Rn. 1, 4.

30 BGHZ 134, 190, 192; Schultes, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 2; Hüfstege, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 72 Rn. 3; Hoeren, ZJP 108 (1995), 343, 354; Lüke, Zivilprozessrecht, Rn. 317; a. A. noch: Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, Einf §§ 72-74 Rn. 3; Schreiber, in: MünchKommZPO, § 485 Rn. 37.

31 So BGHZ 134, 190, 192; Jacoby, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 5; eine Analogie verneinend: Mansel, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 23 i. V. m. § 66 Rn. 14; ohne Stellungnahme hinsichtlich einer Analogie: Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, § 72 Rn. 1 i. V. m. § 66 Rn. 3; Dressler, in: BeckOK-ZPO, § 72, Rn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 8.

32 Schultes, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 2 i. V. m. § 66 Rn. 2; Jacoby, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 5 i. V. m. § 66 Rn. 9.

gründet, das in § 72 I ZPO nicht enthalten ist, geht eine Erstreckung dieser Auslegung der Nebenintervention auf die Streitverkündung ausnahmsweise fehl, da ein *ungünstiger Ausgang* nicht die endgültige Prozessniederlage voraussetzt. Außerdem muss sich die Frage, was unter einem *ungünstigen* Ausgang des Rechtsstreits zu verstehen ist, nach der Art des jeweiligen Rechtsstreits richten und nicht umgekehrt. Bei einer Klage beinhaltet dies den Prozessverlust, im selbständigen Beweisverfahren hingegen die für eine Partei vorteilhafte oder unvorteilhafte Beweislage. Die Frage des *ungünstigen Ausgangs*³³ ergibt sich somit aus dem Tatbestandsmerkmal Rechtsstreit und nicht andersherum. Das selbständige Beweisverfahren ist somit ein Rechtsstreit im Sinne von § 72 I ZPO, sodass die Streitverkündung insoweit möglich ist, ohne dass es einer Analogie bedarf.

Im Rahmen eines Mahnverfahrens wird die Möglichkeit einer Streitverkündung ebenfalls ganz überwiegend bejaht.³⁴

Außerdem wird die Möglichkeit der Streitverkündung im Rahmen eines Schiedsverfahrens diskutiert. Dazu stellt *Elsing* zutreffend dar, dass die Vorschriften der Streitverkündung im Schiedsverfahren grundsätzlich nicht anwendbar sind und eine Bindung von Dritten nur mithilfe von Vereinbarungen unter Einbeziehung aller Beteiligten getroffen werden kann, da im Schiedsverfahren keine Verfahrensgestaltung zu Lasten Dritter möglich ist.³⁵ Ist der Streitverkündungsempfänger hingegen an die Schiedsabrede gebunden, ist eine Streitverkündung im Schiedsverfahren möglich.³⁶ Handelt es sich bei dem Ausgangsprozess um ein Verfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit, resultiert aus einer im ordentlichen Verfahren erklärten Streitverkündung keine Bindungswirkung für ein nachfol-

33 Und auch die Frage des Obsiegens in § 66 I ZPO.

34 Zur Nebenintervention im Mahnverfahren: BGHZ 165, 358, 361; *Schultes*, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 2; *Bendtsen*, in: Hk-ZPO, § 72 Rn. 6 i. V. m. § 66 Rn. 2; *Gehrlein*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 72 Rn. 4 i. V. m. § 66 Rn. 3; a. A. unter Zugrundelegung, dass ein rechtshängiger Rechtsstreit erforderlich ist: *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 6 i. V. m. § 66 Rn. 10; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 72 Rn. 3; *Seggewiß*, NJW 2006, 3037, 3038.

35 *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 94; ebenfalls *Lachmann*, Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2830 ff.; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 291 f.; a. A. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 16 Rn. 19, allerdings nur in Bezug auf die Verjährungshemmung.

36 *Saenger*, in: Hk-ZPO, § 1042 Rn. 22; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, § 1042 Rn. 42; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 22 Rn. 38; *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, S. 47 f.

gendes Schiedsverfahren, weil die Parteien der Schiedsvereinbarung ihren Rechtsstreit in der Regel weitestgehend der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen wollen.³⁷

Nach verbreiteter Ansicht ist eine Streitverkündung im Insolvenzverfahren nicht möglich.³⁸ Dabei erfolgt die Ablehnung der Streitverkündung jeweils recht knapp und ohne eingehende Begründung. Vermutlich soll eine Streitverkündung mit Wirkung im gesamten Insolvenzverfahren verneint werden, was in Anbetracht der möglichen Komplexität eines Insolvenzverfahrens auch einleuchtet. Eine derartige Pauschalisierung der Interventionswirkung würde sich mit der eher auf Individualisierung angelegten Streitverkündung nicht vertragen. Das Insolvenzverfahren dient gemäß § 1 S. 1 InsO vielmehr der Vermögensverwertung des Schuldners zugunsten dessen Gläubiger und lässt sich mithin nicht als *Rechtsstreit* bezeichnen. Die Streitverkündung weicht durch die Einbeziehung eines Dritten das ansonsten im Zivilprozess geltende Zweiparteienprinzip in gewisser Weise auf. Dieses Zweiparteienprinzip gilt im Insolvenzverfahren jedoch gerade nicht,³⁹ sodass eine Streitverkündung insoweit nicht möglich ist. Allerdings muss danach differenziert werden, ob es sich nicht um ein reguläres Verfahren handelt, das infolge der Insolvenz entstanden ist und deshalb für sich genommen einer Streitverkündung zugänglich sein kann.⁴⁰

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Begriff Rechtsstreit zunächst einmal weit ausgelegt wird. Eine allgemeine Definition liegt soweit ersichtlich nicht vor. Vielmehr findet eine Einzelfallprüfung des jeweiligen Verfahrens statt, um zu beurteilen, ob ein Rechtsstreit im Sinne des § 72 I ZPO vorliegt oder nicht. Für eine derartige Einzelfallprüfung spricht sich auch *Eibner* aus.⁴¹ Allerdings versucht er sich dennoch an einer eher tautologischen Definition, wonach alle Verfahren erfasst seien, in denen sich eine Partei aufgrund der Beschränkung der Rechtskraft

37 So *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 90; a. A. *Bartels*, BB 2001, Beilage Nr. 7, 20, 21 f. sowie *Wagner*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, S. 44; differenzierend bzgl. der Interventionswirkung *Stretz*, SchiedsVZ 2013, 193, 196 ff.

38 Noch zum Konkursverfahren: OLG Frankfurt RPfleger, 1978, 417; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 3 i. V. m. § 66 Rn. 3; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 72 Rn. 2 i. V. m. § 66 Rn. 3.

39 *Ganter/Lohmann*, in: MünchKommInsO, § 4 Rn. 14.

40 So auch *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 5 i. V. m. § 66 Rn. 7.

41 *Eibner*, Streitverkündung, S. 35; *Eibner*, JurBüro 1988, 149, 153.

auf die Verfahrensparteien in einer streitverkündungstypischen Situation befindet.⁴² Dabei wird lediglich der unbestimmte Rechtsbegriff *Rechtsstreit* gegen denjenigen der *streitverkündungstypischen Situation* ausgetauscht. Ähnlich pauschal formuliert *Gottwald*, da er die Streitverkündung in jedem Verfahren für anwendbar erklärt, in dem ein Bedürfnis nach den Wirkungen der Streitverkündung besteht.⁴³ *Mansel* definiert den Rechtsstreit im Sinne von § 66 I ZPO als gerichtliches Entscheidungsverfahren, das die Rechtslage von am Verfahren nicht als Partei beteiligten Dritten beeinflussen kann.⁴⁴ Dies sei dann der Fall, sofern es bei dem Verfahren denkbar ist, dass ein Dritter ein Interesse an der Nebenintervention haben kann.⁴⁵ Bezogen auf die Streitverkündung lässt sich der erste Teil der Definition übernehmen. Die Konkretisierung müsste jedoch ausgehend vom Interesse des Streitverkünders umformuliert werden, da die Streitverkündung anders als die Nebenintervention eher den Belangen des Streitverkünders als denjenigen des Dritten dient, namentlich einer Verbesserung der Position des Streitverkünders zu dem Dritten⁴⁶. In Anlehnung an die Formulierung von *Mansel* kommt demnach folgende Definition des Rechtsstreits gemäß § 72 I ZPO in Betracht:

Ein Rechtsstreit im Sinne des § 72 I ZPO liegt vor, wenn das fragliche Verfahren die Rechtslage zwischen einer Partei und einem nicht als Partei beteiligten Dritten beeinflussen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Streitverkünder ein Interesse daran haben kann, dass zwischen ihm und einem Dritten die Interventionswirkung eintritt.

II. Zeitpunkt der Streitverkündung

Für den Zeitpunkt der Streitverkündung muss zunächst unterschieden werden, ab wann und wie lange eine Streitverkündung innerhalb eines Verfahrens erklärt werden kann. Nach dem Wortlaut des § 72 I ZPO ist eine Streitverkündung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits

42 *Eibner*, Streitverkündung, S. 44.

43 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 8.

44 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 66 Rn. 13; einen anderen, allerdings eher restriktiven, Ansatz liefert *Wieser*, Interesse des Nebenintervenienten, S. 34.

45 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 66 Rn. 13.

46 *Jacoby*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 72 Rn. 2. Die Gesetzesbegründung bei *Hahn/Stegemann*, Motive, S. 179 stellt als Unterschied zwischen Nebenintervention und Streitverkündung heraus, dass die Initiative vom Streitverkünder ausgehe.

möglich. Das Gesetz legt demnach lediglich den Endzeitpunkt der Streitverkündung fest. Eine Streitverkündung kann somit auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen.⁴⁷ Die Interventionswirkung kann indes gemäß § 74 III i. V. m. § 68 ZPO erst ab dem Zeitpunkt der Beitrittsmöglichkeit eintreten. Demnach sind die Auswirkungen einer Streitverkündung in der Revisionsinstanz nur beschränkt gegeben, da sich der Streitverkündungsempfänger im Verhältnis zum Streitverkünder im Folgeprozess in Bezug auf das Geschehen vor der Streitverkündung gemäß § 74 III i. V. m. § 68 Hs. 2 ZPO auf die Einrede der mangelhaften Prozessführung aus § 68 Hs. 2 ZPO berufen kann.⁴⁸ Eine derart späte Streitverkündung ergibt daher nur wenig Sinn. Vielmehr erscheint es sinnvoller, bereits frühzeitig eine Streitverkündung zu erklären.

Ab welchem Zeitpunkt eine Streitverkündung möglich ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. § 74 I ZPO verweist hingegen im Fall des Beitritts auf die Grundsätze der Nebenintervention. Bei dieser lässt § 66 I ZPO einen Beitritt des Nebenintervenienten bereits während eines anhängigen Rechtsstreits zu. Deshalb wird spiegelbildlich für die Streitverkündung überwiegend vertreten, dass deren Erklärung mit Anhängigkeit des Rechtsstreits möglich ist.⁴⁹ Demgegenüber wird teilweise auch die Rechtshängigkeit des Verfahrens für erforderlich gehalten.⁵⁰ Eine Klage wird gemäß § 261 I ZPO durch Erhebung der Klage rechtshängig. Gemäß § 253 I ZPO wird eine Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Beklagten erhoben. Die Anhängigkeit einer Klage tritt bereits mit Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht ein.⁵¹ Die Meinungen könnten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, sofern Klage und Streitver-

47 BGH WM 2010, 372, 374 f.; *Schultes*, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 4; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, § 72 Rn. 3; *Lammenett*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, S. 111; zur Streitverkündung in der Berufungsinstanz *Grunsky*, Festschrift Schwerdtner, S. 683 ff.

48 *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 74 Rn. 9; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 7.

49 BGHZ 92, 251, 257; *Schultes*, in: MünchKommZPO, § 72 Rn. 4; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 72 Rn. 2; *Dressler*, in: BeckOK-ZPO, § 72 Rn. 4; *Bendtsen*, in: Hk-ZPO, § 72 Rn. 6; *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 1630; *Haertlein*, JA 2007, 10, 13.

50 *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 4; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 72 Rn. 3.

51 *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 253 Rn. 1; *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 253 Rn. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 98 Rn. 2; *Schilken*, JR 1984, 446.

kündung gleichzeitig eingereicht werden, aber die Streitverkündungsschrift aufgrund unterschiedlicher Postlaufzeiten vor der Klage zugestellt wird.⁵² *Jacoby* vertritt die Auffassung, dass der Mangel der in diesem Fall verfrühten Streitverkündung mit Klagezustellung geheilt wird.⁵³ Sofern die Rechtshängigkeit noch eintritt, ist die Streitverkündung somit genau wie nach der überwiegenden Auffassung, die eine Anhängigkeit genügen lässt, wirksam erklärt. *Hartmann* äußert sich nicht zu einer möglichen Heilung, sondern setzt die Rechtshängigkeit des Verfahrens voraus, da erst durch diese ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien entstehe.⁵⁴

Fraglich ist, zu welchem Ergebnis eine Auslegung der Streitverkündungsvorschriften hinsichtlich der frühesten Möglichkeit einer Streitverkündung kommt. Der Wortlaut des § 72 I ZPO enthält, wie bereits festgestellt, keine Vorgaben zum Anfangszeitpunkt der Streitverkündung. Der Vergleich zur Nebenintervention in § 66 ZPO könnte im Rahmen der systematischen Auslegung für die Anhängigkeit sprechen. Dies wird durch die sich aus § 74 ZPO ergebende Parallelität von Streitverkündung und Nebenintervention unterstützt. Dagegen kann eingewendet werden, dass der Anfangszeitpunkt nicht geregelt wurde und deswegen ein Rückgriff auf die Nebenintervention verwehrt ist. Hingegen dient die parallele Ausgestaltung gerade dazu, das Fehlen einer Regelung durch den Rückgriff auszufüllen. Es fragt sich jedoch erneut, wie das Verhältnis zwischen Streitverkündung und Nebenintervention ausgestaltet ist. § 74 I ZPO erklärt die Grundsätze der Nebenintervention im Falle des Beitritts des Streitverkündungsempfängers für anwendbar. Vorliegend geht es indes um den vorgelagerten Zeitpunkt der Streitverkündung. Ein Rekurren auf § 74 I ZPO erscheint daher insoweit nicht möglich, da sich die Frage des Beitritts zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht stellt. Man kann aber allgemeiner ansetzen und aus der Tatsache, dass beide Institute im selben Titel geregelt sind und der Streitverkündungsempfänger durch seinen Beitritt die Stellung eines Nebenintervenienten erlangen kann, eine parallele Aus-

52 Beispiel bei *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 4.

53 *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 72 Rn. 4.

54 *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 72 Rn. 3; zum Beginn des Prozessrechtsverhältnisses durch Klagerhebung bzw. Rechtshängigkeit siehe BGH NJW 1992, 2575; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, Einleitung Rn. 52; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, Einleitung Rn. 55; *Rauscher*, in: MünchKommZPO, Einleitung Rn. 32.

gestaltung herleiten. Die Systematik spricht demnach eher für das Erfordernis der Anhängigkeit.

Die Gesetzesbegründung der Streitverkündung äußert sich nur dazu, bis wann eine Streitverkündung erklärt werden kann.⁵⁵ Allerdings lässt die Begründung der Hauptintervention den Schluss zu, dass der Gesetzgeber die Begriffe Rechtshängigkeit und Anhängigkeit teilweise synonym verwendet hat.⁵⁶ Selbst wenn man die Begründung derart interpretiert, hat sich dieses Verständnis heutzutage zugunsten einer Unterscheidung zwischen Rechtshängigkeit und Anhängigkeit überholt.⁵⁷ Die Gesetzesbegründung vermag das Problem somit nicht zu lösen.

Schließlich muss die Streitverkündung unter teleologischen Aspekten betrachtet werden. Nebenintervention und Streitverkündung betreffen die Beteiligung eines Dritten an einem Rechtsstreit. Zur Verteidigung muss es dem Dritten möglich sein, seinen Beitritt zu erklären. Der Beitritt schafft die Verbindung zwischen den beiden Instituten, sodass eine ähnliche Auslegung geboten ist.⁵⁸ Daneben spricht für eine frühe Streitverkündungsmöglichkeit deren Ausrichtung am Interesse des Streitverkünders.⁵⁹ So dient die Streitverkündung dem Schutz materiell-rechtlicher Interessen des Streitverkünders.⁶⁰ Die umfassende Möglichkeit einer Streitverkündung scheint demzufolge geboten. Zusätzlich dient die Streitverkündung der Information des Streitverkündungsempfängers über den Prozess.⁶¹ Um diesen Informationszweck zu erfüllen, ist keine Rechtshängigkeit erforderlich, sondern es genügt die Anhängigkeit für eine hinreichende Information des Streitverkündungsempfängers. Der Zweck der Streitverkündung ist damit sowohl in Bezug auf den Streitverkünder als auch auf den Streitverkündungsempfänger gewahrt, wenn man die Anhängigkeit des Verfahrens genügen lässt. Um einen größtmöglichen Schutz der berechtigten Interes-

55 *Hahn/Stegemann*, Motive, S. 179.

56 *Hahn/Stegemann*, Motive, S. 176, wonach mit der rechtskräftigen Entscheidung die Anhängigkeit des Hauptprozesses erlösche; die Gesetzesbegründung ebenso deutend *Schilken*, JR 1984, 446.

57 Vgl. nur die Abgrenzung bei *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 68, 109; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 98 Rn. 2.

58 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 72 Rn. 21.

59 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 72 Rn. 4.

60 *Mansel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 72 Rn. 4 und 17.

61 *Weth*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 72 Rn. 1; *Dressler*, in: *BeckOK-ZPO*, § 72 Rn. 1; *Schultes*, Beteiligung Dritter am Zivilprozeß, S. 50; *Schönke/Kuchinke*, Zivilprozessrecht, § 27 I.

sen des Streitverkünders bzw. der Information und Verteidigung des Streitverkündungsempfängers zu gewährleisten, muss die Streitverkündung schon mit Anhängigkeit möglich sein. Dieses Ergebnis wird durch die systematische und teleologische Auslegung der Streitverkündungsvorschriften unterstützt.

C. Streitverkündungsgrund

Zentrale Voraussetzung einer Streitverkündung ist der Streitverkündungsgrund. Dieses Merkmal weist eine gewisse Vergleichbarkeit zu dem bei der Nebenintervention geforderten rechtlichen Interesse an einem Beitritt auf, dem sog. Interventionsgrund.⁶² Denn beide Voraussetzungen knüpfen an den Ausgang des Rechtsstreits an.⁶³ Der Wortlaut des § 72 I ZPO spricht einerseits von einem Anspruch des Streitverkünders auf Gewährleistung oder Schadloshaltung. Andererseits liegt ein Streitverkündungsgrund vor, sofern der Streitverkünder den Anspruch eines Dritten besorgt, ihm also die Inanspruchnahme durch einen Dritten droht. Die Streitverkündungsgründe können somit von der Zielrichtung her in zwei Gruppen eingeteilt werden.⁶⁴ Entweder der Streitverkünder ist als Anspruchsinhaber selbst Gläubiger oder die Ansprüche richten sich gegen ihn als Schuldner.⁶⁵ Gemein ist den Ansprüchen, die einen Streitverkündungsgrund darstellen, dass sie gemäß § 72 I ZPO bei einem ungünstigen Ausgang des Prozesses entstehen.

I. Ungünstiger Ausgang des Prozesses

Da sich dieser Aspekt auf beide Varianten des § 72 I ZPO bezieht, soll zunächst die Frage beleuchtet werden, wann das Ergebnis eines Prozesses für den Streitverkünder *ungünstig* ist. Darunter ist zunächst einmal der

62 *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 33; *Dressler*, in: BeckOK-ZPO, § 72 Rn. 7.

63 Wenn auch in gewisser Weise gegenteilig: Bei der Nebenintervention ist von einem Obsiegen die Rede, bei der Streitverkündung von einem ungünstigen Ausgang. Eine Parallele nimmt ebenfalls an: *Mansel*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 72 Rn. 41.

64 BGH NJW 2009, 1488, 1489; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 72 Rn. 4.

65 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 51 Rn. 12.