

## Die Streitverkündung, §§ 72-74 ZPO \*

Richter am OLG Dr. Dieter Knöringer, München

**Die Streitverkündung hat in der Praxis eine erhebliche Bedeutung und wird daher auch die Examensthemen beeinflussen. Der Beitrag erläutert anhand von Beispielen insbesondere, wann überhaupt ein Streitverkündungsgrund vorliegt, wie die Reaktion des Streitverkündungsempfängers sein kann, sowie die zentrale Bedeutung der Interventionswirkung.**

### I. Der Zweck der gesetzlichen Regelung

Die Streitverkündung ist begrifflich die durch förmliche Zustellung (§ 73 S. 3 ZPO) zu bewirkende Benachrichtigung eines Dritten (des Streitverkündungsempfängers) von einem anhängigen Rechtsstreit, dem so genannten Vorprozess. Hierbei geht es weniger um eine Information oder einen Hilferuf um Unterstützung durch Beitritt des Streitverkündungsempfängers. Die Streitverkündung bezweckt vielmehr (neben materiellrechtlichen Folgen, dazu unten VI) in erster Linie die Herbeiführung der *Interventionswirkung* gem. §§ 74 III, 68 ZPO, die darin besteht, dass sich die tragenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Beurteilungen im laufenden Prozess (dem Vorprozess) bindend auf den Dritten im Folgeprozess (Streitverkünder gegen Streitverkündungsempfänger bzw. beigetretenen Nebenintervenienten) erstrecken. Die Partei, die den Streit verkündet, will damit eine Entscheidungsdivergenz zwischen dem laufenden und dem künftigen Prozess gegen den Dritten vermeiden, also verhindern, dass sie infolge unterschiedlicher Behandlung derselben Fragen im Vorprozess und im Folgeprozess<sup>1</sup> „zwischen zwei Stühlen sitzen bleibt“, also beide Prozesse verliert, obwohl sie zumindest einen gewinnen müsste<sup>2</sup>.

Für den *Prozessanwalt* ist das Erkennen einer solchen Divergenzgefahr, also des Anlasses zur Streitverkündung und der Beratung seiner Partei hierüber, besonders wichtig, da das Unterlassen einer gebotenen Streitverkündung für ihn zum *Haftungsfall* aus positiver Vertragsverletzung führen kann.

*Examensrelevanz* hat die Streitverkündung im ersten wie im zweiten Staatsexamen wegen der Interventionswirkung (§§ 74 III, 68 ZPO) und der materiellrechtlichen Folgen der Verjährungshemmung gem. § 204 I Nr. 6 BGB, die beide nur bei *zulässiger* Streitverkündung eintreten<sup>3</sup>. Im Assessorexamen kann in der Anwaltsklausur die Fertigung einer Streitverkündungsschrift (nebst Gutachten zur Rechtslage) verlangt werden. Ist im Folgeprozess ein Urteil zu fertigen, wird es im Rahmen der Begründetheit der Klage auf die Interventionswirkung (§§ 74 III, 68 ZPO) ankommen, die die gewohnten Begründetheitsvoraussetzungen der Klage völlig verändern kann<sup>4</sup>, die aber - falls kein Beitritt des Streitverkündungsempfängers stattgefunden hat - nur im Falle einer zulässigen und wirksamen Streitverkündung eintritt: Schwerpunkt der Prüfung ist dann diesbezüglich - wie zumeist - der Streitverkündungsgrund (§ 72 I ZPO).

### II. Der Streitverkündungs-Schriftsatz, § 73 ZPO

Bevor auf die Einzelheiten, insbesondere den Streitverkündungsgrund (unten III) und die Interventionswirkung (unten V) einzugehen ist, soll nachfolgend ein *Kurzbeispiel* erläutert werden, wie eine Streitverkündung praktisch aussehen kann:

An das

LG München I

3 O 127/07

#### **Streitverkündung**

In dem Rechtsstreit<sup>5</sup>

... (volles Rubrum, hier: Hotelier *H* gegen Bauunternehmer *B*)

verkünde ich namens des Beklagten *S*, Inhaber der Bodenlegerfirma *S*, ...<sup>6</sup>, den Streit mit der Aufforderung<sup>7</sup>, dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beizutreten.

Das Gericht wird gebeten, diesen Schriftsatz nebst beigefügter beglaubigter Kopie der Klageschrift und der Klageerwiderung *S* alsbald zuzustellen<sup>8</sup>.

## Begründung<sup>9</sup>

Der Kläger fordert von dem Beklagten Schadensersatz wegen angeblich mangelhafter Anbringung eines Hallenbodens. Der Kläger hat den Beklagten beauftragt, auf dem Hotelgelände des Klägers eine Hallentennisanlage mit Kunststoffbelag zu errichten. Der Beklagte führte die Bauarbeiten alsbald durch und beauftragte die Spezialfirma des *S* als Subunternehmer mit der Anbringung des Kunststoffbelags für den Hallenboden. Bereits wenige Wochen nach der Inbetriebnahme der Tennishalle warf der Kunststoffbelag Blasen.

Der Beklagte war und ist der Auffassung, dass Ursache der Blasenbildung Feuchtigkeit im Untergrund des Hotelgeländes ist, was allein zu Lasten des Klägers gehe und hat daher ungeachtet einer Fristsetzung jede Nacherfüllung abgelehnt. Der Kläger hingegen behauptet, gestützt auf ein Privatgutachten, Ursache sei die unsachgemäße Verwendung eines für diesen Zweck völlig untauglichen Klebemittels durch *S*, weshalb der ganze Bodenbelag ausgetauscht haben werden müssen. Für die hierfür angefallenen Kosten in Höhe von ... sowie einen behaupteten Umsatzausfall von ... nimmt der Kläger den Beklagten vorliegend in Anspruch.

Für den Fall, dass die Behauptung des Klägers zutrifft und der Beklagte aus diesem Grund den Prozess verliert, hat der Beklagte gegen den Streitverkündungsempfänger einen Anspruch auf Schadloshaltung gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB, da er vorsorglich diesem vor dem Austausch des Hallenbodens erfolglos eine Frist von drei Wochen zur etwaigen Nacherfüllung gesetzt hat.

Der Stand des Prozesses ergibt sich aus der anliegenden beglaubigten Kopie der Klageschrift und der Klageerwiderung. Das Gericht hat Termin zur mündlichen Verhandlung auf ... bestimmt und gem. § 273 ZPO den beim Austausch des Bodens hinzugezogenen Professor *P* als sachverständigen Zeugen geladen zur Beschaffenheit des Klebematerials.

*Rechtsanwalt*

## III. Der Streitverkündungsgrund

Ob ein Anspruch gegen den Dritten besteht oder von ihm droht (§ 72 I ZPO), ist aus der *subjektiven Sicht* des Streitverkünders bei Vornahme der Streitverkündung zu beurteilen: Maßgebend ist nicht, ob der Drittanspruch wirklich besteht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Partei (hier: Bauunternehmer *B*) *im Zeitpunkt der Streitverkündung* aus in diesem Augenblick „*naheliegenden Gründen*“<sup>10</sup> (berechtigte Annahme<sup>11</sup>) einen Anspruch zu haben glaubt oder gegen sich besorgt. Ohne Belang ist, ob der Vorprozess später tatsächlich einen für den Streitverkünder ungünstigen Ausgang nimmt. Auch wenn der Streitverkünder den Vorprozess gewinnt, bleibt die Streitverkündung wirksam<sup>12</sup>.

Der Streitverkündungsgrund kann gem. § 72 I ZPO für den Verkünder auf dessen Aktivseite (unten 1) oder dessen Passivseite (unten 2) bestehen, wobei Einigkeit besteht, dass in beiden Fällen der „Anspruch“ in weiter, extensiver Auslegung zu verstehen ist<sup>13</sup>.

### 1. Streitverkündung zur Sicherung von Ansprüchen gegen Dritte

Nach allgemeiner Meinung ist der Wortlaut von § 72 I ZPO zu eng und eher beispielhaft zu verstehen<sup>14</sup>. Maßgebend und ausreichend ist vielmehr, dass der Drittanspruch des Streitverkünders zu dessen Rechtsposition im Erstprozess in einem Verhältnis wechselseitiger Ausschließung steht, also einem *Alternativverhältnis*<sup>15</sup>. Die Streitverkündung soll nämlich nach ihrem gesetzgeberischen Zweck sicherstellen, dass der Verkünder wegen der materiellrechtlichen Verknüpfung der Ansprüche alternativ entweder im Vorprozess oder wenigstens im Folgeprozess obsiegt<sup>16</sup>. Als Gegenprobe kann man fragen: Droht dem Verkünder ohne die Streitverkündung doppelter Prozessverlust?

Die Ansprüche im Vor- und Folgeprozess müssen auch nicht identisch sein, es genügt, dass sie auf dasselbe (wirtschaftliche) Ziel gerichtet sind (dazu näher unten *Beispiele 6* und *7*).

Zur Streitverkündung berechtigen folgende Ansprüche:

#### a) Ansprüche auf Gewährleistung

Der Streitverkünder muss den Dritten kraft Gesetzes oder Vertrages wegen Sach- oder Rechtsmängeln in Anspruch nehmen können, insbesondere beim Kauf aus § 437 BGB, beim Werkvertrag aus § 634 BGB, bei Miet- und Pachtvertrag aus §§ 536, 581 BGB. Ob das Gewährleistungsrecht im Folgeprozess aktiv als Anspruch oder passiv

per Einrede zur Verteidigung geltend gemacht werden soll, ist gleichgültig<sup>17</sup>.

*Beispiel 1:* Pkw-Händler *B* hat den Gebrauchtwagen des *A* als unfallfrei in Zahlung genommen und ihn an *C* als unfallfrei weiterverkauft. Kurz nach der Übernahme bemerkt *C* den Rahmenschaden und verklagt den jede Haftung ablehnenden *B* auf Rückabwicklung des Kaufs aus §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB. *B* verkündet umgehend *A* den Streit, da er diesen für den Fall des Prozessverlustes wegen der fehlenden Unfallfreiheit auf Schadensersatz<sup>18</sup> für die Prozesskosten und den an *A* gezahlten Kaufpreis (§§ 437 Nr. 3, 311a BGB) oder<sup>19</sup> auf Rückabwicklung des Kaufs (§§ 437 Nr. 2, 326 V BGB) in Anspruch nehmen werde.

Knöringer: Die Streitverkündung, §§ 72-74 ZPO

JuS 2007 Heft 4

337



## b) Regressansprüche („Schadloshaltung“)

Erfasst sind hiermit Ansprüche des Verkünders, die seinen Prozessverlust im Vorprozess wieder ausgleichen<sup>20</sup>: mit denen der Verlierer den im Prozessverlust liegenden „Schaden wieder los wird“ (Schadloshaltung im untechnischen Sinne)<sup>21</sup>.

*Beispiel 2:* Bauherr *G* nimmt die B-Bank aus einer Gewährleistungsbürgschaft klageweise in Anspruch. Da der Hauptschuldner, Bauunternehmer *S*, seine Verursachung der Mängel bestreitet und die Verantwortlichkeit von Vorunternehmern behauptet, verkündet die B-Bank *S* den Streit zur Sicherung ihrer Rückgriffsansprüche aus §§ 774 I 1, 634 BGB und aus §§ 675, 670 BGB<sup>22</sup>.



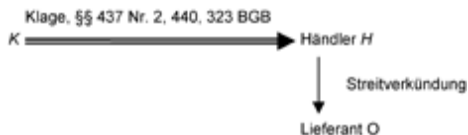
Erfolgt die Streitverkündung so frühzeitig, dass die Interventionswirkung gem. §§ 74 III, 68 ZPO uneingeschränkt greift, wird die B-Bank zumindest einen der Prozesse gewinnen. Stellt das Gericht fest, dass eine Hauptverbindlichkeit mangels Verantwortlichkeit des *S* nicht besteht, wird die Bürgschaftsklage abgewiesen und die Streitverkündung geht ins Leere. Wird im umgekehrten Fall die Hauptschuld des *S* bejaht, gilt diese Feststellung gem. §§ 74 III, 68 ZPO auch zu Lasten des Streitverkündungsempfängers im Folgeprozess der B-Bank gegen *S*, so dass sowohl feststeht, dass die B-Bank die Zahlung des Verurteilungsbetrags als „erforderlich“ i.S. von §§ 675, 670 BGB halten durfte, als auch, dass es eine wirksame Hauptverbindlichkeit des *S* gegenüber *G* gegeben hat, die gem. § 774 I 1 BGB auf die B-Bank übergehen konnte.

*Beispiel 3* (nach BGHZ 100, 257 = NJW 1987, 1894): *K* ließ ein Fachwerkhaus errichten und beauftragte u.a. den Tischlermeister *A* mit der Verkleidung der einzelnen Fachwerksfelder sowie den Architekten *B* mit den gesamten Planungsleistungen und der Bauaufsicht. Nach Fertigstellung der Arbeiten stellte sich heraus, dass bei Schlagregen Wasser zwischen Fachwerksbalken und Fassadenplatten eindrang. *K* verklagte zunächst *A* auf Schadensersatz. Da *A* als Grund der Mängel eine fehlerhafte Konstruktion durch *B* einwandte, verkündete *K* dem *B* den Streit.



Unterliegt *K* im Vorprozess, weil nach dem dort erhaltenen Sachverständigengutachten Ursache des Wassereintritts eine fehlerhafte Konstruktion durch *B* war, wird *K* im Folgeprozess gegen *B* bei frühzeitiger Streitverkündung wegen §§ 74 III, 68 ZPO obsiegen, sich damit also schadlos halten für den Prozessverlust gegenüber *A*.

*Beispiel 4* (Händlerregress, § 478 BGB): Verbraucher *K* hat beim Opel-Händler *H* einen neuen Opel Corsa bestellt, den *H* seinerseits beim Opel-Werk *O* als Lieferantin bestellt und nach Eintreffen bei *H* sofort an *K* ausliefert. Nach drei Wochen rügt *K* bei *H*, dass der schon seit Übergabe schwer einzulegende Rückwärtsgang sich nun endgültig nicht mehr einlegen lasse. Nachdem auch der zweite Nachbesserungsversuch bei *H* keine Änderung gebracht hat (§ 440 S. 2 BGB), tritt *K* zurück und klagt gegen *H* auf Rückzahlung des Kaufpreises. *H* wendet ein, Ursache sei ein Schaltfehler des *K* gewesen, ein Mangel bei Gefahrübergang habe nicht vorgelegen, *K* verweist auf § 476 BGB, beide Parteien beantragen die Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Ursache.



Bei dieser Sachlage ist *H* dringend zur umgehenden Streitverkündung gegenüber dem Herstellerwerk zu raten: Zwar gilt nach §§ 478 III, 476 BGB per Beweislastumkehr die Vermutung, dass der Sachmangel schon bei Übergang der Preisgefahr auf den Händler *H* (§ 446 BGB) vorgelegen hat. Grundvoraussetzung aber ist, dass überhaupt ein Sachmangel (und kein Einfahrfehler etc. des *K*) vorlag, was *K* erst einmal beweisen muss und wovon § 476 BGB nach der Rechtsprechung des *BGH*, da nur die Zeitfrage regelnd, nicht entbindet<sup>23</sup>.

Weiter: Sollte *K* der Beweis gelingen, dass ein Sachmangel vorlag, beschränkt sich dieses Ergebnis auf den Vorprozess *K-H* und hat keinerlei Rechtskraftwirkung gegenüber dem Lieferanten *O*, der daher im Folgeprozess einwenden könnte, es habe gar kein Sachmangel, sondern ein Einfahrfehler vorgelegen. Um einen doppelten Prozessverlust wegen unterschiedlicher Beurteilung dieser Frage durch unterschiedliche Spruchkörper zu vermeiden, wird *H* dem Lieferanten *O* den Streit verkünden. Verliert *H* nämlich den Vorprozess, weil nach der Beweisaufnahme doch ein Sachmangel vorgelegen hat, kann sich *H* im Folgeprozess gegen den Lieferanten *O* „schadlos halten“, da infolge der Interventionswirkung gem. §§ 74 III, 68 ZPO ein Sachmangel zunächst zur Zeit der Pkw-Aushändigung an *K* als festgestellt gilt und über die Vermutung in §§ 478 III, 476 BGB auch schon zur Zeit der Aushändigung an *H*.

*Beispiel 5* (Gesamtschuldnerregress gem. § 426 BGB): Bauherr *G* hat wegen Bauwerksmängeln den Bauunternehmer (*S 1*) und den bauleitenden Architekten (*S 2*) als Gesamtschuldner<sup>24</sup> auf Schadensersatz gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB verklagt.

Knöringer: Die Streitverkündung, §§ 72-74 ZPO

JuS 2007 Heft 4

338



Im laufenden Prozess werden die Mängel und die Verantwortlichkeiten festgestellt. Um diese Feststellungen auch für den Innenausgleich gem. § 426 BGB, etwa des *S 1* gegen *S 2* als Hauptverantwortlichen, festzuschreiben (damit sich *S 1* für den etwaigen vollen Prozessverlust im Vorprozess ganz oder teilweise bei *S 2* schadlos halten kann), empfiehlt sich für *S 1* eine Streitverkündung gegen *S 2* zur Sicherung des Anspruchs aus § 426 BGB.

Die Streitverkündung ist (wie übrigens auch die Nebenintervention) auch gegenüber einem Streitgenossen (des Beklagten oder des Klägers) zulässig, da jeder Streitgenosse sein *eigenes* Prozessrechtsverhältnis hat und daher andere im Prozess beteiligte Personen dazu Dritte i.S. von §§ 72, 66 ZPO sind<sup>25</sup>.

### c) Ansprüche aus Alternativverhältnissen

Wie schon oben zu III dargelegt, ist für den Streitverkündungsgrund wesentlich, dass der die Streitverkündung auslösende Drittanspruch mit dem im Vorprozess vom Verkünder geltend gemachten Anspruch in einem Verhältnis wechselseitiger Ausschließung, also in einem Alternativverhältnis steht. Daher fallen unter § 72 ZPO in Erweiterung des Wortlauts, aber gedeckt durch die ratio der Vorschrift, auch Ansprüche aus Alternativverhältnissen, also Ansprüche des Streitverkünders gegen Dritte, die *alternativ* statt des im Vorprozess zunächst Verklagten als Schuldner der eingeklagten Leistung oder von Schadensersatz in Betracht kommen<sup>26</sup>.

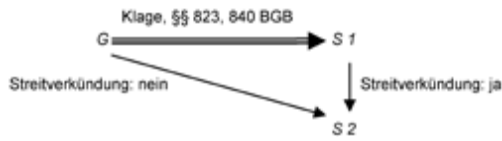
*Beispiel 6* (alternative Vertragspartner): *K* hat seine Gewerberäume an eine „Fa. Müller“ vermietet. Streitig ist, ob der Mietvertrag mit der Müller-GmbH oder der Müller GmbH & Co. KG besteht. In der Räumungsklage gegen die Müller-GmbH kann *K* der alternativen Mieterin, der KG, den Streit verkünden<sup>27</sup>.

*Beispiel 7* (Vertragspartei oder Vertreterhaftung): Makler *Maier* hat namens seines Auftraggebers, der Müller GmbH & Co. KG Büroräume bei *V* angemietet. *V* verklagt die KG auf Mietzins, die aber mangelnde Vollmacht des *Maier* einwendet. *V* verkündet daraufhin *Maier* den Streit, dessen Haftung alternativ gem. § 179 BGB in Betracht kommt<sup>28</sup>.

Schon diese Beispiele machen klar: Die „alternativ“ in Betracht kommenden Ansprüche brauchen weder auf derselben Rechtsgrundlage zu beruhen, noch ihrem sonstigen Inhalt und Umfang nach identisch zu sein. Es genügt, dass sie im Ergebnis auf dasselbe Ziel (z. B. Beseitigung desselben Schadens, Räumung, Erfüllung bzw. Haftung über § 179 BGB dafür) gerichtet sind<sup>29</sup>.

Nicht hierher gehören und überhaupt nicht von § 72 ZPO erfasst sind die Fälle, in denen der Dritte *kumulativ*, also gerade nicht „alternativ“ haftet, wie das folgende *Beispiel* zeigt:

*Beispiel 8* (Ansprüche des Gläubigers gegen Gesamtschuldner):

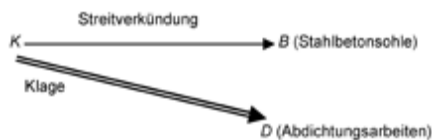


Besteht von vornherein (nach dem Vortrag des Klägers *G*) nur eine kumulative Haftung, scheidet § 72 ZPO schon nach dessen klarem Wortlaut aus, da der etwaige Prozessverlust *G-S 1* gerade nicht zur Folge hat, dass dann *G* als Konsequenz einen Anspruch gegen *S 2* hat<sup>30</sup>.

Zulässig aber ist eine Streitverkündung eines verklagten Gesamtschuldners gegen den nicht (oder ebenfalls) verklagten anderen Gesamtschuldner zur Sicherung der „Schadloshaltung“ aus § 426 BGB (oben *Beispiel 5*).

Dass das Zusammentreffen möglicher kumulativer oder alternativer Haftung schwierig sein kann, zeigt folgender Fall.

*Beispiel 9* (BGHZ 65, 127 = NJW 1976, 39): *K* ließ auf seinem Grundstück ein Einfamilienhaus errichten. Da der Baugrund im wassergefährdeten Gebiet einer Niederung lag, beauftragte er *B* mit der Anbringung einer Stahlbetonsohle und *D* mit anschließenden Abdichtungsarbeiten. Nach Ausführung der Arbeiten wurde der Keller jedoch nicht wasserdicht. *K* verklagte zunächst *D* auf Nachbesserung und verkündete *B* den Streit. Im Folgeprozess *K-B* machte *B* Unzulässigkeit der Streitverkündung (es habe nur eine kumulative Haftung von *D* und *B* im Raum gestanden) und damit Nichteintritt der Interventionswirkung gem. §§ 74 III, 68 ZPO geltend.



Der *BGH* bejahte für den allein maßgebenden Zeitpunkt der Streitverkündung einen Streitverkündungsgrund wegen nahe liegender alternativer Haftung von *D* und *B*: *K* ging es um die Beseitigung der erheblichen Nässeschäden, wer sie zu vertreten hatte, war angesichts der widerstreitenden Behauptungen von *D* und *B* offen und konnte nur im Prozess geklärt werden. Angesichts dieser offenen Ausgangslage bei Vornahme der Streitverkündung kam folgende alternative Haftung in Betracht:

Prozess *K-D*: War nur die mangelnde Abdichtung durch *D* für die Nässe verantwortlich, haftete nur *D* und die Streitverkündung wurde gegenstandslos.

Prozess *K-B*: War nur die Stahlbetonsohle als Vorleistung des *B* ursächlich, musste allein *B* die Fundamente und die Stahlbetonsohle nachbessern und auch - im Wege des Schadensersatzes (Mangelfolgeschaden [pVV, jetzt § 280 I BGB vor Abnahme]) - für die erneute Isolierung sorgen.

Knöringer: Die Streitverkündung, §§ 72-74 ZPO

JuS 2007 Heft 4

339

Der Zulässigkeit der Streitverkündung stand nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt ihrer Vornahme für einen Teil der Arbeiten, nämlich die Isolierung, auch eine kumulative Haftung von *B* und *D* in Betracht kam (dann nämlich, wenn auch *D* nachbessern musste), da bei Vornahme der Streitverkündung jedenfalls die Möglichkeit bestand, dass ausschließlich eine alternative Haftung von *D* oder *B* vorlag<sup>31</sup>.

## 2. Streitverkündung zur Abwehr drohender Drittansprüche (§ 72 I Halbs. 2 ZPO)

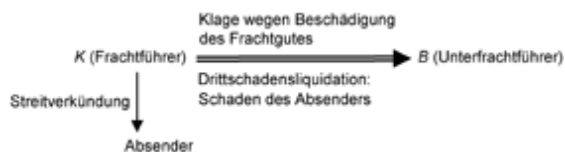
Den Anspruch eines Dritten zu befürchten (besorgen) hat eine Partei, wenn sie ihm für den Ausgang des Prozesses haftbar ist<sup>32</sup>, sowie bei drohender eigener Gewährleistungshaftung in Vertrags-(Lieferungs-)ketten (z. B. § 478 V BGB, unten *Beispiel 11*). Ersteres ist stets dann der Fall, wenn die Partei den Prozess über ein *fremdes Recht* führt, sei es

- im eigenen Interesse, für eigene Rechnung: z.B. Klage des Pfändungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner (hier sogar Pflicht aus § 841 ZPO zur Streitverkündung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner),
- oder im fremden Interesse, für fremde Rechnung: so, wenn die zur Drittschadensliquidation berechtigten Parteien,



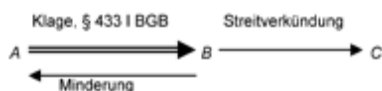
wie Kommissionär, Frachtführer<sup>33</sup>, Spediteur, Lagerhalter den Schadensersatzanspruch des Absenders, Einlagerers gerichtlich geltend machen<sup>34</sup>.

*Beispiel 10* (nach BGHZ 116, 95 = NJW 1992, 1698):



Der BGH führt aus: „Der Frachtführer, der wegen eines ihm drohenden Schadensersatzanspruchs des Absenders seinen Unterfrachtführer im Wege der Drittschadensliquidation in Regress nimmt, kann dem Absender in dem Rechtsstreit mit dem Unterfrachtführer den Streit verkünden, da er insoweit ‚den Anspruch eines Dritten besorgt‘ (§ 72 Abs. 1 ZPO)“.

*Beispiel 11* (Lieferkette): A verkauft einen gebrauchten Pkw als unfallfrei an B und dieser ihn ebenfalls als unfallfrei weiter an C.



Verklagt A den B auf Kaufpreiszahlung und wendet B Gewährleistungsrechte (z. B. Minderung) ein, da sich inzwischen herausgestellt habe, dass der Pkw einen schweren Unfall gehabt habe, so kann B für den Fall seiner Verurteilung (also Verneinung seiner Gewährleistungsrechte) C zur Abwehr entsprechender Gewährleistungsrechte den Streit verkünden.

#### IV. Die Reaktion des Dritten auf die Streitverkündung, § 74 ZPO

*Beispiel 12* (Lieferkette A-B-C wie in *Beispiel 11*): Im Prozess A gegen B auf Kaufpreiszahlung hat das LG die Erholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. Vor Aktenversendung an den Gutachter verkündet B dem C den Streit.

Der Streitverkündungsempfänger C kann wie folgt reagieren:

##### 1. Er bleibt untätig

Die Interventionswirkung trifft ihn gem. §§ 74 III, 68 ZPO ab dem Zeitpunkt des *möglichen* Beitritts, also einige Tage nach der Zustellung (angemessene Überlegungsfrist)<sup>35</sup>.

Im Folgeprozess C gegen B (z. B. wegen Rücktritts) kann C daher das erholte Gutachten, wenn die Entscheidung im Prozess A gegen B darauf beruht (das fordert § 68 ZPO), jedenfalls dann nicht mehr in Frage stellen, wenn der Vorprozess für den Streitverkünder B *ungünstig* (vgl. § 72 I ZPO) ausgegangen ist, das Gutachten z.B. Unfallfreiheit festgestellt hat.

Geht der Vorprozess hingegen *günstig* aus für den Verkünder B (das Gutachten stellt einen schweren Unfallschaden fest, die Kaufpreisklage des A wird nach Rücktritt ganz oder nach Minderung teilweise abgewiesen), so tritt nach der einen Auffassung<sup>36</sup> keine Interventionswirkung für den Folgeprozess C-B ein, nach der anderen tritt sie unabhängig vom Ausgang des Vorprozesses ein<sup>37</sup>.

Folgt man letzterer Auffassung, ist aber unbedingt zu beachten, dass die Interventionswirkung stets *nur zu Gunsten*, nicht zu Lasten des Streitverkünders B (nach Beitritt des C als Nebenintervenient des B nicht zu Lasten der unterstützten Hauptpartei B) wirkt<sup>38</sup>. Klagt also im Folgeprozess B gegen C auf Kaufpreiszahlung, so kann C nicht unter Berufung auf jenes einen Unfallschaden feststellende Gutachten geltend machen, ein Unfallschaden stehe bereits fest, und darauf ohne weiteres Gewährleistungsrechte stützen. Auf Antrag des für rechtsvernichtenden Vortrag beweisbelasteten C muss vielmehr ein neues Gutachten erholt werden.

##### 2. Er tritt dem Streitverkünder (B) bei

Er hat jetzt die Stellung eines Nebenintervenienten (§ 67 ZPO), und die Interventionswirkung im Folgeprozess beruht *hierauf*, nicht mehr auf der Streitverkündung, die durch den Beitritt überholt ist und deren Zulässigkeit daher im Folgeprozess auch nicht mehr geprüft wird<sup>39</sup>.

Lediglich für den maßgeblichen *Zeitpunkt* der Interventionswirkung bestimmt § 74 III ZPO, dass die Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung *möglich* war<sup>40</sup>. Dies hat Bedeutung, wenn Streitverkündung und Beitritt Monate auseinander liegen oder der Beitritt etwa erst in der nächsten Instanz erfolgt.

Ist aber nun der Beitritt für den Eintritt der Interventionswirkung kausal, entfällt diese, wenn der Beitritt - was grundsätzlich nur auf Rüge gem. § 71 I ZPO geschieht<sup>41, 42</sup> - rechtskräftig (§ 71 III ZPO) zurückgewiesen worden ist<sup>43</sup>. Auf die Streitverkündung kann dann auch nicht mehr zurückgegriffen werden, da § 74 III ZPO von der Möglichkeit des Beitritts ausgeht und diese ja gescheitert ist.

### 3. Er tritt dem Gegner (A) des Verkünders bei

Dies hat einen doppelten Effekt: Im Verhältnis zum Streitverkünder (B) tritt die Interventionswirkung ein wie bei *unterlassenem* Beitritt (da kein Fall des § 74 I ZPO vorliegt, bewendet es bei § 74 III ZPO)<sup>44</sup>. Da er dem Gegner (A) des Verkünders (B) beigetreten ist, ist er dessen Nebenintervenient geworden und hat so die Interventionswirkung auch gegenüber diesem (A) begründet, die daher im Ergebnis gegenüber *beiden* Hauptparteien besteht<sup>45</sup>.

### 4. Er rügt die Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Zulässigkeit der Streitverkündung wird erst im Folgeprozess geprüft, weil erst dort ihre materiellrechtlichen und prozessualen Wirkungen entscheidungserheblich werden. Damit bürdet die ZPO dem Streitverkündungsempfänger über einen häufig längeren Zeitraum (die Interventionswirkung tritt erst bei Rechtskraft im Vorprozess ein)<sup>46</sup> Ungewissheit über die Wirksamkeit der Streitverkündung auf.

Nach h.M. ist das als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen, so dass es ausscheidet, dem Streitverkündungsempfänger zu gestatten, analog § 71 ZPO einen Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Streitverkündung herbeizuführen<sup>47</sup>. Allerdings kann das Gericht die Zustellung einer schon unstatthaften Streitverkündung - z.B. gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, § 72 IIn.F. ZPO - durch Beschluss ablehnen, wogegen sofortige Beschwerde möglich ist.

## V. Die Interventionswirkung, § 68 (§ 74 III) ZPO

### 1. Die Voraussetzungen

Der Vorprozess, in dem die Streitverkündung erfolgte, muss durch formell rechtskräftiges Urteil (Vergleich genügt nicht)<sup>48</sup> abgeschlossen sein. Es muss zu einem Folgeprozess kommen zwischen Streitverkünder und Streitverkündungsempfänger, denn nur dort wird die Interventionswirkung relevant. Schließlich muss die Streitverkündung nach § 72 ZPO zulässig und nach § 73 ZPO formwirksam erfolgt sein, was jetzt erst - im Folgeprozess - geprüft wird. Hat allerdings die Streitverkündung zu einem unbeanstandeten (§ 71 I ZPO) *Beitritt* geführt, ist die Streitverkündung überholt und nur gem. § 74 III ZPO für den Zeitpunkt des Eintritts der Interventionswirkung maßgebend (s. o. IV 1).

### 2. Die Interventionswirkung, § 68 Halbs. 1 (§ 74 III) ZPO

Sie besteht darin, dass die Entscheidung im Vorprozess als richtig gilt, und zwar nur im Verhältnis des Verkünders zum Streitverkündungsempfänger und nur zu Gunsten, nicht zu Lasten des Verkünders<sup>49</sup>.

Infolgedessen ist der Streitverkündungsempfänger (bzw. der beigetretene Nebenintervenient) im Folgeprozess mit allen entgegenstehenden Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschlossen, die im Vorprozess hätten vorgebracht werden *können*<sup>50</sup>, was von Amts<sup>51</sup> wegen zu beachten ist, es sei denn, die Interventionswirkung ist gem. § 68 Halbs. 2 ZPO eingeschränkt, was nur auf Einrede<sup>52</sup> berücksichtigt wird.

Allerdings gilt die Interventionswirkung nur für tatsächliche und rechtliche Gründe, auf denen das Urteil im Vorprozess auch *beruht*, also nicht für „überschießende Feststellungen“. Welche Feststellungen das Ersturteil tragen, beurteilt sich nicht aus der subjektiven Sicht des Erstgerichts, vielmehr kommt es nach h.M. darauf an, worauf die Entscheidung des Vorprozesses objektiv nach zutreffender Rechtsauffassung *beruht*<sup>53</sup>.

*Beispiel 13:* Im *Ausgangsbeispiel* (oben zu II [Errichtung eines Hallenbodens für eine Tennisanlage durch den Subunternehmer, Streitverkündung diesem gegenüber]) wurde der Hauptunternehmer rechtskräftig antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt, da das verwendete Klebemittel Ursache der Blasenbildung gewesen sei.

Die Interventionswirkung gem. §§ 68 Halbs. 1, 74 III ZPO könnte nun im Folgeprozess des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer z.B. folgende Einwendung des letzteren ausschließen (wenn die Streitverkündung schon zu Beginn des Vorprozesses erfolgt war, § 68 Halbs. 2 ZPO):

- Der Kleber sei doch geeignet, das Gutachten im Vorprozess falsch gewesen.
- Die Blasenbildung werde bestritten.
- Falls Blasenbildung erfolgt sei, beruhe diese auf zu früher Inbetriebnahme der Anlage.
- Die Auswahl und Verwendung dieses Klebers beruhe auf einer ausdrücklichen Anweisung des bauleitenden Architekten und sei gegen den vehementen Widerstand des Subunternehmers erfolgt.

Knöringer: Die Streitverkündung, §§ 72-74 ZPO

JuS 2007 Heft 4

341 

Gegen diese Interventionswirkung kann der Subunternehmer die *Einrede*<sup>54</sup> der mangelhaften Prozessführung gem. § 68 Halbs. 2 ZPO erheben. Hierzu muss er darlegen und beweisen<sup>55</sup>, dass

- er auch bei erfolgtem Beitritt wegen der fortgeschrittenen Lage des Vorprozesses oder wegen Erklärungen des Streitverkünders gehindert gewesen sei, bestimmte Verteidigungsmittel geltend zu machen, z.B. einen qualifizierteren Gutachter zu benennen, weil das Gutachten schon vorlag oder der Verkünder auf Beauftragung des von ihm benannten Gutachters bestanden hat, so dass ihn ein Widerspruch zur Hauptpartei im Vorprozess gehindert hätte;
- der Verkünder im Vorprozess grob fahrlässig den bauleitenden Architekten nicht als Zeugen für dessen Weisungen zur Auswahl des Klebers benannt hat;
- sowie in all diesen Fällen, dass das unterbliebene Beweismittel auch geeignet war, eine andere Entscheidung im Vorprozess herbeizuführen<sup>56</sup>.

## VI. Materielle rechtliche Wirkungen der Streitverkündung

1. Es tritt Hemmung der Verjährung ein gem. § 204 I Nr. 6 BGB mit Zustellung (§ 73 S. 3 ZPO) der Streitverkündungsschrift, bei „demnächstiger“ Zustellung sogar schon mit ihrer Einreichung (§ 167 ZPO). Nach ganz h.M.<sup>57</sup> gilt dies aber nur für eine *zulässige*, also den Anforderungen der §§ 72, 73 ZPO genügende Streitverkündung (es muss also insbesondere aus Sicht<sup>58</sup> des Verkünders ein Streitverkündungsgrund bestehen und dieser angegeben sein), dann aber auch, wenn der Verkünder im Vorprozess obsiegt<sup>59</sup>.

Die Hemmung der Verjährung ist bedeutsam insbesondere für die Sicherung eigener Gewährleistungsrechte des Verkünders gegen seinen eigenen Lieferanten (so z.B. im obigen *Beispiel 1*) aus Kaufvertrag (§ 438 BGB) oder etwa im Werkvertrag gegen den Subunternehmer (§ 634a BGB) oder gem. § 439 I HGB im Frachtgeschäft.

Die materielle rechtliche Wirkung der Hemmung der Verjährung tritt - anders als der Umfang der Interventionswirkung (§§ 68 Halbs. 2, 74 III ZPO) - unabhängig von dem (fortgeschrittenen) Stadium des laufenden Prozesses ein, es kommt nur darauf an, ob noch zeitlicher Raum für eine Hemmung der Verjährung besteht<sup>60</sup>.

Die Hemmung endet sechs Monate nach rechtskräftigem Abschluss oder sonstiger Beendigung des Verfahrens (z. B. durch Vergleich), § 204 II BGB. Bei einer Verfahrensbeendigung durch Klagerücknahme ist aber zu beachten, dass gem. § 269 III ZPO neben den prozessualen auch die materielle rechtlichen Wirkungen *rückwirkend* entfallen. Eine Klage gilt daher als nicht erhoben, eine Streitverkündung wird rückwirkend wirkungslos<sup>61</sup>.

2. Die Streitverkündung kann (zugleich) die Benachrichtigung des Anfechtungsgegners gem. § 7 II AnfG von der beabsichtigten Gläubigeranfechtung enthalten und so zu einer für den Gläubiger/Verkünder günstigeren Rückrechnung der Anfechtungsfristen gem. §§ 3, 4, 6 AnfG führen<sup>62</sup>.

## VII. Das Urteil im Vorprozess

Die Streitverkündung hat für den laufenden Prozess, in dem sie erklärt wird (Vorprozess) keinerlei prozessuale oder materielle rechtliche Auswirkungen und wird daher im dort ergehenden Urteil nirgends erwähnt: im Tenor nicht, weil dem Dritten nichts zu- oder aberkannt wird, er ist folglich auch nicht an den Kosten beteiligt; im Tatbestand nicht, weil der Vortrag zur Streitverkündung eine Nichtpartei (den Dritten) betrifft und daher im Tatbestand nicht gem. § 314 ZPO zu beurkunden ist.



Ist der Streitverkündungsempfänger aber *beigetreten*, dann ist die Streitverkündung dadurch überholt und es gelten ab dann die Regeln zur Nebenintervention. Das bedeutet für den

- Tenor: Dem Nebenintervenienten kann zwar im Hauptsacheauspruch nichts zu- oder aberkannt werden, aber er ist in der Kostentscheidung besonders zu berücksichtigen wegen § 101 ZPO und deswegen auch im Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit.
- Tatbestand: Der Nebenintervenient kann selbst Anträge stellen und eigenen Parteivortrag bringen, was im Tatbestand zu berichten ist, und zwar abgekürzt, wenn er sich der unterstützten Hauptpartei anschließt („... der Bkl. und der Nebenintervenient beantragen ...“), oder detailliert, wenn er davon abweicht (auch soweit infolge Widerspruchs zur Hauptpartei unzulässig, was nicht im Tatbestand, sondern erst in den Entscheidungsgründen zu bewerten ist).

## VIII. Kosten und Gebühren

*Rechtsanwaltsgebühren* entstehen nicht zusätzlich, da die Streitverkündung mit der Verfahrensgebühr (RVG VV 3100) abgegolten ist. *Gerichtskosten* verursacht die Streitverkündung nur durch Zustellgebühren, die der Streitverkünder zu tragen hat und die nicht zu den Kosten des Rechtsstreits (§ 91 ZPO) zählen; sie kann der Verkünder vom Dritten im Folgeprozess als Nebenforderung geltend machen.

Für den Streitverkündungsempfänger entstehen keine Kosten, solange er nicht beiträgt; ab Beitritt aber gilt § 101 ZPO. Hat er zur Beratung nach Erhalt der Streitverkündung einen Rechtsanwalt zugezogen, ist aber nicht beigetreten, so steht ihm zu dessen Erstattung in der Regel kein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch (z. B. aus §§ 683, 670 BGB) zu<sup>63</sup>.

---

\* Der Autor ist Richter am OLG in München und seit Jahren auch in der Ausbildung von Referendaren und Studenten tätig. Er ist Verfasser der Kurzlehrbücher „Die Assessor Klausur im Zivilprozess“, 11. Aufl. (2005), und „Freiwillige Gerichtsbarkeit“, 4. Aufl. (2005).

<sup>1</sup> Für diesen ist je nach Geschäftsverteilung häufig ein ganz anderer Spruchkörper zuständig.

<sup>2</sup> BGHZ 116, 95 (100) = NJW 1992, 1698: „Die Streitverkündung ist ein in erster Linie den Interessen des Streitverkünders dienender prozessualer Behelf, der dazu bestimmt ist, verschiedene Beurteilungen desselben Tatbestandes zu vermeiden, d.h. den Streitverkünder durch die Bindungswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO vor dem Risiko zu bewahren, dass er wegen der materiellrechtlichen Verknüpfung der im Vor- und Folgeprozess geltend gemachten bzw. geltend zu machenden Ansprüche mehrere Prozesse führen muss, dabei aber Gefahr läuft, alle zu verlieren, obwohl er zumindest einen gewinnen müsste ...; außerdem soll sie dem Streitverkündungsgegner Gelegenheit zur Unterstützung des Verkünders im Prozess geben und den Verkünder gegen den Einwand schützen, er habe den Prozess schlecht geführt oder eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt“.

<sup>3</sup> H. M. BGHZ 65, 127 (130) = NJW 1976, 39; 70, 187 (189) = NJW 1978, 643; 160, 259 (263) = NJW 2004, 3772 = NZI 2005, 34; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl. (2005); *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl. (2007), § 74 Rdnr. 9; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl. (2007), § 204 Rdnr. 21.

<sup>4</sup> S. dazu den Fall mit Lösungsskizze in *Knöringer*, Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 11. Aufl. (2005), S. 247.

<sup>5</sup> Der Rechtsstreit muss nur anhängig, nicht notwendig schon rechtshängig sein. Die Streitverkündung kann daher bereits mit der Klageeinreichung erfolgen, aber auch noch bis zur rechtskräftigen Entscheidung, also z.B. auch noch nach Erlass eines berufungsfähigen Ersturteils. Wird die Streitverkündung erst im Berufungsverfahren zugestellt, ist die regelmäßig beabsichtigte Interventionswirkung allerdings gem. § 68 Halbs. 2 ZPO stark eingeschränkt, da zurückgewiesene oder neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gem. § 531 ZPO ebenso stark eingeschränkt sind. Wichtig für die Praxis ist daher: Damit sich der Streitverkündete nicht unter Hinweis auf § 68 Halbs. 2 ZPO der Interventionswirkung entziehen kann, empfiehlt es sich, die Streitverkündung *so früh wie möglich* vorzunehmen.

<sup>6</sup> Da an den Dritten (S) zuzustellen ist (§ 73 S. 3 ZPO), muss er wie eine Partei und mit zustellungsfähiger Anschrift bezeichnet werden.

<sup>7</sup> Die Aufforderung zum Beitritt ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, aber im Hinblick auf den Wortlaut von § 74 I, II ZPO und als Vorbeuge gegen die Einrede mangelhafter Prozessführung (§ 68 Halbs. 2 ZPO) üblich.

<sup>8</sup> An den Streitverkündeten ist der Schriftsatz nebst allen Anlagen von Amts wegen zuzustellen (§§ 73 S. 3, 166 II ZPO), an den Gegner des Streitverkünders (hier an den Kläger H) nur formlos mitzuteilen.

<sup>9</sup> Die Voraussetzungen einer Streitverkündung (§§ 72, 73 ZPO) werden, wenn der Streitverkündete nicht beiträgt, zwar erst im Folgeprozess (B gegen S) geprüft, da sie erst dort zur Beurteilung der Interventionswirkung gem. § 68 ZPO relevant sind (*Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* [o. Fußn. 3], § 72 Rdnr. 4). Aber schon bei der Einreichung ist zu bedenken: Nur eine *zulässige* Streitverkündung führt die Interventionswirkung herbei (s. Fußn. 3). Die Voraussetzungen sind: 1. Formgerechte Vornahme, § 73 ZPO *Einreichung eines Schriftsatzes* mit Angabe des behaupteten Streitverkündungsgrundes und der Lage des Rechtsstreits sowie die *Zustellung an den Streitverkündeten*, § 73 S. 3 ZPO. Beide Inhaltsanforderungen bezwecken dasselbe: Der Streitverkündete muss beurteilen können, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit - und zwar in *dieser* seiner (u. U. fortgeschrittenen) Lage - (noch) beizutreten, oder ob gegebenenfalls gem. §§ 68 Halbs. 2, 74 III ZPO gar keine Interventionswirkung mehr zu befürchten ist (vgl. *BGH*, NJW 2002, 1414: „Eine Streitverkündungsschrift muss das Rechtsverhältnis, aus dem sich der Anspruch des Dritten gegen den Streitverkündenden oder dessen Anspruch gegen jenen ergeben soll, unter Angabe der tatsächlichen Grundlagen so genau bezeichnen, dass der Dritte prüfen kann, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit beizutreten. Eine Konkretisierung des Anspruchs der Höhe nach ist nicht erforderlich“). 2. Zulässigkeit, § 72 ZPO Anhängiger Rechtsstreit, in dem der Streitverkünder Partei ist, sowie Vorliegen eines Streitverkündungsgrundes (das ist Hauptpunkt der Prüfung! Dazu näher unten III).

<sup>10</sup> BGHZ 65, 127 (131) = NJW 1976, 39.

<sup>11</sup> *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 4; weitergehend: *Schilken*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2. Aufl. (2000), § 72 Rdnr. 7: nicht ganz fernliegende Annahme des Streitverkünders.

<sup>12</sup> BGHZ 65, 127 (131) = NJW 1976, 39; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 6.

<sup>13</sup> BGHZ 116, 95 (101) = NJW 1992, 1698; *Schilken*, in: *MünchKomm-ZPO* (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 8; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o.

Fußn. 3), § 72 Rdnr. 6.

<sup>14</sup> *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 5; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 9.

<sup>15</sup> *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 9; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 5.

<sup>16</sup> BGHZ 100, 257 (262) = NJW 1987, 1894; 116, 95 (100) = NJW 1992, 1698; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 1.

<sup>17</sup> *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 6; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 10.

<sup>18</sup> Die Ansprüche im Vorprozess (hier: Rücktritt) und die per Streitverkündung avisierten (hier: Schadensersatz) brauchen nicht identisch zu sein, vgl. unten *Beispiele 6, 7* für eine alternative Haftung.

<sup>19</sup> Der Streitverkünder muss sich unter mehreren Gewährleistungsrechten noch nicht festlegen, dies aber dann, wenn er im Folgeprozess Klage erhebt: Dort kann er - wie nach altem Schuldrecht auch (*BGH*, NJW 1996, 1963; *Palandt/Putzo*, BGB, 60. Aufl. [2001], § 463 Rdnr. 4, § 472 Rdnr. 3) - mehrere Gewährleistungsrechte nur per Haupt- und Hilfsantrag geltend machen, da der Kläger (und nicht das Gericht) den Streitgegenstand bestimmen muss, hier die im Klageantrag zum Ausdruck kommenden Rechtsfolgebegehren aus Schadensersatz oder aus Rücktritt oder aus Minderung etc., die - obwohl jeweils auf eine Geldsumme lautend - je verschiedene Rechtsfolgebegehren und damit verschiedene Klageanträge sind (der Kläger verfolgt dann nicht etwa dasselbe in Anspruchskonkurrenz, sondern alternative Rechte). Näheres bei *Reichhold*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), Einl. II Rdnrn. 15ff., 19.

<sup>20</sup> *Bork*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. (2004), § 72 Rdnr. 13; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 11.

<sup>21</sup> Soweit hier im Schrifttum z.T. von Ansprüchen auf „Ersatz des Schadens“ also Schadensersatzansprüchen im technischen Sinne gesprochen wird (*Zöller/Vollkommer* [o. Fußn. 3], § 72 Rdnr. 7; *Bork*, in: *Stein/Jonas* [o. Fußn. 20], § 72 Rdnr. 13), ist das zu eng und jedenfalls missverständlich, da unstreitig auch Regressansprüche, die keine Schadensersatzansprüche sind, wie etwa der Rückgriffsanspruch des Bürgen über § 774 BGB, unter „Schadloshaltung“ zu verstehen sind.

<sup>22</sup> Der in Anspruch genommene Bürge hat in der Regel zwei selbstständige Rückgriffsansprüche gegen den Hauptschuldner: einmal aus dem Zessionsregress gem. § 774 I 1 BGB (hier: §§ 774 I 1, 634 BGB), zum anderen aus dem von Anfang an bestehenden Innenverhältnis Bürge-Hauptschuldner (Auftrag, GoA etc., hier: §§ 675, 670 BGB); *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 3), § 774 Rdnrn. 2-4, 11.

<sup>23</sup> BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299; *BGH*, NJW 2005, 3490 = JuS 2006, 79 (*Emmerich*); NJW 2006, 434; NJW 2006, 2250 = JuS 2006, 930 (*Emmerich*); *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 3), § 476 Rdnr. 5.

<sup>24</sup> Beide waren bei Baubeginn noch nicht Gesamtschuldner, da sie die Errichtung nicht gemeinsam schulden, wurden es aber ab Eintreten gemeinsam zu verantwortender Baumängel, BGHZ 43, 227 (230) = NJW 1965, 1175; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 421 Rdnr. 6; *Bydlinski*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2003), § 421 Rdnr. 5; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. (2004), Rdnr. 926.

<sup>25</sup> *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 1, § 66 Rdnr. 6.

<sup>26</sup> BGHZ 65, 127 (Leitsatz 1) = NJW 1976, 39; 70, 187 (189f.) = NJW 1978, 643; 85, 252 (254) = NJW 1983, 820; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnrn. 5, 8; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 7; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnrn. 12, 13.

<sup>27</sup> *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 7.

<sup>28</sup> *BGH*, NJW 1990, 387; *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 14; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 13.

<sup>29</sup> So ausdrücklich BGHZ 65, 127 (Leitsatz 2) = NJW 1976, 39; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 8; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 7; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 12.

<sup>30</sup> BGHZ 65, 127 (131) = NJW 1976, 39; 70, 187 (191) = NJW 1978, 643; 100, 257 (259) = NJW 1987, 1894; 116, 95 (101) = NJW 1992, 1698; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 7; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 8; *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 14. - Eine Streitverkündung ist hier nur möglich, soweit die Gesamtschuldnerschaft nicht im gleichen Umfang besteht, da für diesen Teil alternative Haftung denkbar ist, BGHZ 70, 187 (191) = NJW 1978, 643; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 8.

<sup>31</sup> BGHZ 65, 127 (Leitsatz 1) = NJW 1976, 39.

<sup>32</sup> BGHZ 116, 95 (100) = NJW 1992, 1698; *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 15; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 8.

<sup>33</sup> Nicht zu verwechseln mit der strittigen Frage, ob für den *Absender* gegen den Frachtführer noch ein Bedürfnis für eine Drittschadensliquidation besteht, nachdem dem Empfänger in § 421 I 2 HGB ein eigener Anspruch zuerkannt wurde (bejahend *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 421 Rdnr. 21; verneinend *Palandt/Heinrichs* [o. Fußn. 3], § 249 Rdnr. 117; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB [o. Fußn. 24], § 249 Rdnr. 292). Mit *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 32. Aufl. (2006), § 421 Rdnr. 2, bleibt die Drittschadensliquidation im Bereich des Frachtrechts noch für besondere Fälle anwendbar: Wird etwa der Frachtvertrag nicht mit dem Absender abgeschlossen, sondern von dem Spediteur im eigenen Namen (vgl. § 454 III HGB) für Rechnung des Verkäufers, so kann der Spediteur den Schaden seines Auftraggebers, des Verkäufers, gegenüber dem Frachtführer in Drittschadensliquidation geltend machen.

<sup>34</sup> BGHZ 116, 95 (Leitsatz 1) = NJW 1992, 1698; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 9; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 8; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 72 Rdnr. 14.

<sup>35</sup> *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 4.

<sup>36</sup> *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 6; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 74 Rdnr. 8.

<sup>37</sup> BGHZ 36, 212 (216) = NJW 1962, 387; 65, 127 (131) = NJW 1976, 39; 70, 187 (189) = NJW 1978, 643; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 4; *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 74 Rdnr. 5.

<sup>38</sup> BGHZ 100, 257 = NJW 1987, 1894; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 1.

<sup>39</sup> *BGH*, WM 1976, 56; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 3; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 3; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 74 Rdnr. 7.

<sup>40</sup> *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 4; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 74 Rdnr. 7.

<sup>41</sup> Ausgenommen lediglich die stets von Amts wegen zu prüfenden persönlichen Prozesshandlungsvoraussetzungen (Partei-, Prozess-, Postulationsfähigkeit). Widerspricht dem Beitritt niemand, wird nichts weiter geprüft, insbesondere nicht das für die Nebenintervention Wichtigste, nämlich der Interventionsgrund, das „rechtliche Interesse“ (§ 66 ZPO); BGHZ 165, 358 = NJW 2006, 773 = NZG 2006, 267 = JuS 2006, 659 (*Karsten Schmidt*).

<sup>42</sup> Zum Prüfungsschema nebst Urteil, wenn dem Beitritt widersprochen bzw. nicht widersprochen wurde, s. die Beispiele in *Knöringer* (o. Fußn. 4), S. 242-244.

<sup>43</sup> *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 2; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 11), § 74 Rdnr. 7; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 3.

<sup>44</sup> BGHZ 85, 252 (255) = NJW 1983, 820; *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 1; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 5.

<sup>45</sup> *Hüfstege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 1.

46 *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 4.

47 *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 17 m.w. Nachw.; für den internationalen Rechtsstreit im Anwendungsbereich der EuGVVO wird aber z.T. die Analogie zu § 71 ZPO gefordert, so *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 72 Rdnr. 2, dagegen *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 10d mit Fußn. 28.

48 *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 4.

49 BGHZ 100, 257 = NJW 1987, 1894; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 1.

50 *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 74 Rdnr. 7.

51 BGHZ 96, 54.

52 BGH, NJW 1976, 293; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 9.

53 BGHZ 157, 97 (99) = VIZ 2004, 176; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 5; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 10.

54 S. Fußn. 52.

55 *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 9.

56 *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 68 Rdnr. 12.

57 BGHZ 65, 127 (130) = NJW 1976, 39; 70, 187 (189) = NJW 1978, 643; 160, 259 (263) = NJW 2004, 3772 = NZI 2005, 34; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 3), § 204 Rdnr. 21; *Erman/Schmidt-Räntsch*, BGB, 11. Aufl. (2004), § 204 Rdnr. 19; a.A. *Schilken*, in: *MünchKomm-ZPO* (o. Fußn. 11), § 74 Rdnr. 12; *Henrich*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 204 Rdnr. 29.

58 *Grothe*, in: *MünchKomm-BGB*, 5. Aufl. (2006), § 204 Rdnr. 40.

59 BGHZ 36, 212 = NJW 1962, 387: „Nur diese Auslegung führt auch zu vernünftigen Ergebnissen. Denn wenn die Wirkung der Streitverkündung immer dann nicht eintritt, wenn der Streitverkündende im Vorprozeß obsiegt, dann müßte er in diesem Vorprozeß vorsorglich sein Vorbringen beschränken, um nicht aus anderen Gründen den Prozeß zu gewinnen. Wird beispielsweise eine Partei wegen der angeblichen Pflichtverletzung eines Dritten zunächst selbst in Anspruch genommen und verkündet sie vorsorglich diesem Dritten den Streit, dann müßte sie den Prozeß auf diese Frage beschränken und von anderen Einwendungen zu ihren Gunsten wie Aufrechnung, Erlaß, Verzicht, Verwirkung usw. absehen, um den Prozeß nicht auf Grund dieser Einwendungen zu gewinnen, weil sonst nach der vom OLG vertretenen Auffassung die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung nicht eintreten, wenn die Partei aus irgendwelchen anderen Gründen obsiegt hat“.

60 *Erman/Schmidt-Räntsch* (o. Fußn. 57), § 204 Rdnr. 19.

61 BGHZ 65, 127 (134) = NJW 1976, 39; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo* (o. Fußn. 3), § 269 Rdnr. 13; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 3), § 204 Rdnr. 21.

62 *Bork*, in: *Stein/Jonas* (o. Fußn. 20), § 72 Rdnr. 9.

63 *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 3), § 73 Rdnr. 1a. E., § 74 Rdnr. 10.