

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 323**

**Streitverkündung  
und Nebenintervention  
im Schiedsverfahren**

**Ein Beitrag zur Fortbildung  
des deutschen Schiedsverfahrensrechts**

**Von**

**Quirin Thomas**



**Duncker & Humblot · Berlin**

QUIRIN THOMAS

# Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren

# Schriften zum Prozessrecht

## Band 323

# Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren

Ein Beitrag zur Fortbildung  
des deutschen Schiedsverfahrensrechts

Von

Quirin Thomas



Duncker & Humblot · Berlin

Die Publikation wurde durch die Studienstiftung *ius vivum* finanziell unterstützt.

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit  
im Jahre 2025 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY-NC-ND 4.0  
(s. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>) veröffentlicht.  
Die E-Book-Version ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59634-8> abrufbar.



© 2025 Quirin Thomas  
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: Prime Rate Kft., Budapest, Ungarn  
Printed in Hungary

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-19634-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-59634-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Literatur und Rechtsprechung sind bis Juli 2025 eingepflegt. Die Disputation fand am 15. Mai 2025 an der Universität Passau statt.

Prof. Dr. Thomas Riehm hat meinen juristischen Weg in besonderer Weise geprägt: Noch zu Studienzeiten hat er mein Interesse für das Prozessrecht geweckt. Im Herbst 2019 hat er – in der für ihn charakteristischen Weise, stets mit offenen Augen für seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter „ganz nebenbei“ fachlich interessante Möglichkeiten zu eröffnen – den Kontakt mit der Kanzlei WACH UND MECKES hergestellt, der sich für mich als zukunftsweisend herausstellen sollte. Und in den über fünf gemeinsamen Jahren an seinem Lehrstuhl war er für mich ein ebenso fördernder und ermutigender Lehrer, der mir stets den erforderlichen Freiraum für meine wissenschaftliche Arbeit gelassen hat. Darauf und auf die zahlreichen gemeinsamen Projekte schaue ich voller Dankbarkeit zurück.

Dank gebührt auch Prof. Dr. Dr. h.c. Dennis Solomon LL.M. (Berkeley) für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und für die wertvollen Anregungen darin sowie diesem und Prof. Dr. Markus Würdinger für ihr zeitliches Engagement und die anregende Diskussion im Rahmen der Disputation.

Ein besonderer Dank gilt Dr. Karl J. T. Wach und Frank Meckes: Die langjährige Leidenschaft von Karl für die Thematik und die von ihm gewährte Möglichkeit, an der Veröffentlichung des Regelwerks zur Streitverkündung im Schiedsverfahren „The Munich Rules“ mitzuwirken, waren der Katalysator für diese Arbeit. Der fachliche Austausch mit Frank Meckes im Rahmen einiger Mandate und wissenschaftlicher Projekte hat meine Arbeit an zahlreichen Stellen bereichert. Vor allem aber ist Frank für mich in den Jahren zu einem vertrauensvollen Mentor geworden.

Mit Dr. habil. Thomas A. Heiß verbinden mich durch diese Arbeit zahlreiche lange Tage und Nächte, in denen wir unsere jeweiligen Werke in Sparrings gegenseitig auf die Probe gestellt haben. Mit Dr. Stanislaus Meier blicke ich auf viele schöne Stunden und wertvollen fachlichen Austausch zurück, nicht zuletzt in seiner legendären Garage. Vor allem aber bin ich voller Dankbarkeit für die tiefe Freundschaft, die wir über die Jahre zu dritt geschlossen haben und die uns hoffentlich noch unser Leben lang vereinen wird.

Der Max-Planck-Gesellschaft danke ich für die Förderung meines Forschungsaufenthalts am Max-Planck-Institut Luxemburg für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht im Sommer 2023, aus dem ich viel Inspiration

gewonnen habe, und der Studienstiftung ius vivum für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Für das akribische Korrekturlesen danke ich Colin Keith Lomas, Felix Richter, Lucas Weiß, Liliana Brandt, Thekla Ulmenschneider, Emily Springer, Julia Zlateva, Valentin Götzfried und Veronika Stockinger.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie, die mich bei der Entstehung in allen Höhen und Tiefen begleitet und unterstützt hat.

Passau, im August 2025

*Quirin Thomas*

# Inhaltsübersicht

|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 1 Einleitung</b>                                                                                                           | 23  |
| I. Einführung in die Problemstellung                                                                                            | 23  |
| II. Gegenstand und Gang der Untersuchung                                                                                        | 29  |
| <br><i>Erster Teil</i>                                                                                                          |     |
| <b>Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren<br/>nach §§ 1025 ff. ZPO</b>                                      | 33  |
| <b>§ 2 Eine „Wertungsanalogie“ als Methode der Untersuchung</b>                                                                 | 33  |
| I. Die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren als ausfüllungsbedürftige Lücke in<br>§§ 1025 ff. ZPO                               | 34  |
| II. Die Einheit der Rechtsordnung als Bindeglied zwischen den §§ 66 ff., 72 ff.<br>ZPO und dem deutschen Schiedsverfahrensrecht | 36  |
| III. Die Schritte der „Wertungsanalogie“                                                                                        | 41  |
| <b>§ 3 Streitverkündung und Nebenintervention im deutschen Zivilprozess</b>                                                     | 53  |
| I. Der Schutz der Hauptpartei vor einem widersprüchlichen doppelten Feststel-<br>lungsverlust                                   | 54  |
| II. Die Unterstützung der Hauptpartei durch den Dritten                                                                         | 103 |
| III. Die Gewähr (proaktiven) Rechtsschutzes für den Dritten im Primärprozess                                                    | 108 |
| IV. Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse gegen eine Verzögerung des<br>Primärprozesses                              | 122 |
| V. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten                                                      | 124 |
| VI. Zusammenfassung                                                                                                             | 132 |
| <b>§ 4 Die wertungsmäßige Legitimation von Streitverkündung und Nebenintervention<br/>im Schiedsverfahren</b>                   | 134 |
| I. Privatautonomie                                                                                                              | 136 |
| II. Allgemeiner Justizgewähranspruch                                                                                            | 162 |
| III. Der beschränkte Instanzenzug nach § 1059 ZPO                                                                               | 167 |
| IV. Rechtliches Gehör                                                                                                           | 174 |
| V. Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit                                                                                      | 175 |
| VI. Die Garantie des gesetzlichen Richters                                                                                      | 191 |
| VII. Die Autonomie der Schiedsrichter                                                                                           | 213 |
| VIII. Verbraucherschutz                                                                                                         | 220 |



|            |                                                                                                                                  |            |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| IX.        | Die öffentlichen Interessen der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit . . .                                                   | 222        |
| X.         | Kosten . . . . .                                                                                                                 | 225        |
| XI.        | Zusammenfassung . . . . .                                                                                                        | 231        |
| <b>§ 5</b> | <b>Der für eine arbitrale Streitverkündungswirkung geltende Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes im Primärverfahren . . . . .</b> | <b>236</b> |
| I.         | Der Inhalt des Vorbehalts . . . . .                                                                                              | 237        |
| II.        | Einordnung einzelner Verfahrensgestaltungen . . . . .                                                                            | 240        |
| III.       | Zusammenfassung . . . . .                                                                                                        | 275        |
| <b>§ 6</b> | <b>Ein Experiment de lege lata: Eine „materiellrechtliche“ arbitrale Streitverkündungswirkung . . . . .</b>                      | <b>277</b> |
| I.         | Die Legitimität einer „materiellrechtlichen“ Konstruktion der Streitverkündungswirkung im Wege der Rechtsfortbildung . . . . .   | 278        |
| II.        | Vorüberlegungen: Freistellung von Prozessrisiken kraft vertraglicher oder gesetzlicher Risikoverlagerung . . . . .               | 288        |
| III.       | Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei aus § 241 Abs. 2 BGB . . . . .           | 292        |
| IV.        | Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Freistellungspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB . . . . .                                | 298        |
| V.         | Zusammenfassung . . . . .                                                                                                        | 312        |

## *Zweiter Teil*

### **Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren** 315

|            |                                                                                                                          |            |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>§ 7</b> | <b>Die kollisionsrechtliche Qualifikation der Streitverkündung . . . . .</b>                                             | <b>315</b> |
| I.         | Die Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht im Kollisionsrecht . . .                                            | 316        |
| II.        | Die Qualifikation der Streitverkündung . . . . .                                                                         | 324        |
| III.       | Konsequenzen aus der prozessrechtlichen Qualifikation der Streitverkündung für internationale Schiedsverfahren . . . . . | 328        |
| IV.        | Zusammenfassung . . . . .                                                                                                | 338        |

## *Ausblick*

|            |                                                                                                                 |            |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>§ 8</b> | <b>Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts . . . . .</b>                                              | <b>340</b> |
| I.         | Der Bedarf nach einer gesetzlich geregelten, effektiven Streitverkündung im Schiedsverfahren . . . . .          | 340        |
| II.        | Ein Blick auf andere Schiedsverfahrensrechte: Der hier verfolgte Ansatz als bereits beschrittener Weg . . . . . | 345        |
| III.       | Leitlinien zur Regelung einer Streitverkündung im Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO . . . . .          | 347        |

|                                                                                                                                                            |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| <b>§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>                                                                                                     | 352     |
| I. Die Fortbildung einer Streitverkündung und einer Nebenintervention für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mittels „Wertungsanalogie“                 | 353     |
| II. Das Fundament: Eine Analyse von Streitverkündung und Nebenintervention im staatlichen Zivilprozess                                                     | 354     |
| III. Die Legitimation eines vom Konsensprinzip ausgenommenen Streitverkündungsrechts im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO                              | 356     |
| IV. Der Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes als zentrale Bedingung für die Legitimierung eines arbitralen Streitverkündungsrechts                          | 362     |
| V. De lege lata: Die insgesamt nicht überzeugende „materiellrechtliche“ Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung                             | 364     |
| VI. Die prozessrechtliche Qualifikation der Streitverkündung – Konsequenzen für ihre „Anwendung“ und „Anerkennung“ in grenzüberschreitenden Streitigkeiten | 365     |
| VII. Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts                                                                                                     | 366     |
| <br><b>Literaturverzeichnis</b>                                                                                                                            | <br>367 |
| <b>Sachwortverzeichnis</b>                                                                                                                                 | 413     |



# Inhaltsverzeichnis

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| <b>§ 1 Einleitung</b>                    | 23 |
| I. Einführung in die Problemstellung     | 23 |
| II. Gegenstand und Gang der Untersuchung | 29 |

## *Erster Teil*

|                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren<br/>nach §§ 1025 ff. ZPO</b> | 33 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>§ 2 Eine „Wertungsanalogie“ als Methode der Untersuchung</b>                                                                                 | 33 |
| I. Die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren als ausfüllungsbedürftige Lücke in §§ 1025 ff. ZPO                                                  | 34 |
| II. Die Einheit der Rechtsordnung als Bindeglied zwischen den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO und dem deutschen Schiedsverfahrensrecht                    | 36 |
| 1. Die Maßgabe der normativen Idee der Einheit der Rechtsordnung                                                                                | 36 |
| 2. Staatlicher Prozess und Schiedsverfahren als Teile einer Wertungseinheit:<br>Zur Natur der Schiedsgerichtsbarkeit                            | 38 |
| III. Die Schritte der „Wertungsanalogie“                                                                                                        | 41 |
| 1. Das Fundament: Eine Analyse der den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO zugrundeliegenden Interessen, deren Bewertung und der dafür maßgeblichen Wertungen | 41 |
| a) Der Begriff der Interessen                                                                                                                   | 42 |
| aa) Lehren aus den Ansätzen von Heck und Stoll                                                                                                  | 43 |
| bb) Boehmer – zum Merkmal der „Schutzwürdigkeit“                                                                                                | 45 |
| cc) H. Westermann – zur Ausrichtung der Interessen auf eine „Rechtslage“                                                                        | 45 |
| dd) Der Arbeitsbegriff dieser Untersuchung                                                                                                      | 46 |
| b) Die verbal-kardinale Angabe der Interessenbewertung                                                                                          | 46 |
| c) Präzisierung der aufgefundenen Interessenbewertung durch einen Rechtsvergleich                                                               | 47 |
| 2. Die für die Interessenbewertung maßgeblichen Wertungen                                                                                       | 49 |
| 3. Die mögliche Fortbildung des Interessenschutzes in das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO                                                 | 51 |
| 4. Grafische Darstellung der Wertungsanalogie                                                                                                   | 53 |

|                                                                                                                                          |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§ 3 Streitverkündung und Nebenintervention im deutschen Zivilprozess</b>                                                              | <b>53</b> |
| I. Der Schutz der Hauptpartei vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust                                                 | 54        |
| 1. Die Interessenlage                                                                                                                    | 54        |
| a) Das allgemeine Risiko widersprüchlicher Feststellungen                                                                                | 54        |
| b) Das besondere Risiko in mehrpoligen Mehrpersonenkonflikten: Der widersprüchliche doppelte Feststellungsverlust                        | 56        |
| c) Widerstreitende Interessen                                                                                                            | 58        |
| 2. Der starke Schutz durch die Streitverkündung                                                                                          | 59        |
| a) Bezugspunkt des Schutzes: Der Streitverkündungsgrund                                                                                  | 59        |
| aa) Kein allgemeiner Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen                                                                         | 60        |
| bb) Bezugspunkt: Widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust, nicht Prozessverlust                                                  | 62        |
| cc) Intensivierung des Schutzes durch Erweiterung der Streitverkündung auf Fälle alternativer Gläubiger- und Schuldnerschaft             | 64        |
| dd) Teilweise in Widerspruch zum bisherigen Zuschnitt des Interessenschutzes: Streitverkündung bei subsidiärer Haftung                   | 66        |
| b) Beurteilungsperspektive und -maßstab                                                                                                  | 68        |
| aa) Die grundsätzliche ex ante Perspektive                                                                                               | 68        |
| bb) Maßstab: Die plausible Gefahr eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts                                                | 69        |
| cc) Teleologische Korrektur: Kein Eintritt der Streitverkündungswirkung bei ausschließlich vorteilhaften Feststellungen im Primärprozess | 72        |
| c) Die Tiefe des Schutzes: Die Streitverkündungswirkung                                                                                  | 73        |
| aa) Der grundsätzlich umfassende Schutz des § 68 Hs. 1 ZPO                                                                               | 74        |
| bb) Die engen Ausnahmen des § 68 Hs. 2 ZPO                                                                                               | 77        |
| (1) § 68 Hs. 2 Var. 1 und 2 ZPO                                                                                                          | 79        |
| (2) § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO                                                                                                                | 82        |
| cc) Subjektiver Umfang der Bindungswirkung                                                                                               | 82        |
| d) Zwischenfazit und Verhältnis zu den widerstreitenden Interessen des Dritten                                                           | 86        |
| aa) Zurücktreten des Gerichtsstandsinteresses                                                                                            | 86        |
| bb) Beeinträchtigung des Interesses an einer richtigen Entscheidung                                                                      | 87        |
| cc) Berücksichtigung nur der vorgenannten Interessen                                                                                     | 89        |
| 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente                                                                     | 89        |
| a) Isolierte Drittwiderklage                                                                                                             | 89        |
| b) Hauptintervention nach §§ 64 f. ZPO                                                                                                   | 92        |
| c) Gläubigerstreit nach § 75 ZPO                                                                                                         | 92        |
| d) Urheberbenennung nach §§ 76 f. ZPO                                                                                                    | 93        |
| 4. Die der Interessenbewertung zugrunde liegenden Wertungen                                                                              | 94        |
| a) Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der Hauptpartei in ihrer Notlage                                                                  | 95        |

|                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Die Maßgabe des Verantwortlichkeitsprinzips .....                                                                                   | 96  |
| c) Die begrenzte Maßgabe öffentlicher Interessen .....                                                                                 | 99  |
| aa) Keine generelle Maßgabe öffentlicher Interessen .....                                                                              | 100 |
| bb) Die Maßgabe öffentlicher Interessen in § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO .....                                                                 | 101 |
| cc) Fazit .....                                                                                                                        | 102 |
| d) Rechtliches Gehör des Dritten als absoluter Abwägungsausschluss .....                                                               | 102 |
| II. Die Unterstützung der Hauptpartei durch den Dritten .....                                                                          | 103 |
| 1. Die Interessenlage .....                                                                                                            | 103 |
| 2. Der schwache Schutz durch Streitverkündung .....                                                                                    | 105 |
| 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente .....                                                             | 107 |
| III. Die Gewähr (proaktiven) Rechtsschutzes für den Dritten im Primärprozess ...                                                       | 108 |
| 1. Die Interessenlage .....                                                                                                            | 108 |
| 2. Nahezu kein Schutz durch die Nebenintervention .....                                                                                | 111 |
| a) Grundsätzlich umfassender Schutzbereich: Das rechtliche Interesse ...                                                               | 111 |
| b) Reflexartiger Schutz durch den Modus der Prüfung im Zwischenstreit ..                                                               | 114 |
| c) Aber: Die äußerst schwache Stellung des Nebenintervenienten im Pri-<br>märprozess .....                                             | 115 |
| aa) Einfache Nebenintervention .....                                                                                                   | 115 |
| bb) Streitgenössische Nebenintervention .....                                                                                          | 117 |
| d) Die der Interessenbewertung zugrunde liegenden Wertungen .....                                                                      | 119 |
| 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente .....                                                             | 121 |
| IV. Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse gegen eine Verzögerung des<br>Primärprozesses .....                               | 122 |
| 1. Grundsätzlich: Keine Verzögerung des Primärprozesses .....                                                                          | 122 |
| 2. Nur punktuelle Ausnahmen .....                                                                                                      | 123 |
| V. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten ...                                                         | 124 |
| 1. Kostenlast der Hauptpartei für die Kosten der Streitverkündung .....                                                                | 125 |
| 2. Interventionsbedingte Kosten: Der umfassend korrekturbedürftige § 101<br>Abs. 1 ZPO .....                                           | 126 |
| a) „Sowieso-Kosten“ als Kosten des Rechtsstreits .....                                                                                 | 127 |
| b) Kosten des Zwischenstreits .....                                                                                                    | 128 |
| c) Für eine Neuverteilung de lege lata: Die sonstigen interventionsbedingten<br>Mehrkosten .....                                       | 128 |
| aa) Die Ausnahme des Verfahrensgegners von den interventionsbeding-<br>ten Mehrkosten in teleologischer Reduktion des § 101 Abs. 1 ZPO | 129 |
| bb) Die Verteilung der interventionsbedingten Mehrkosten zwischen der<br>Hauptpartei und dem Dritten .....                             | 131 |
| VI. Zusammenfassung .....                                                                                                              | 132 |

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 4 Die wertungsmäßige Legitimation von Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren</b>                                          | 134 |
| I. Privatautonomie                                                                                                                                 | 136 |
| 1. Der Gehalt der Privatautonomie – Präzisierung der Fragestellungen                                                                               | 137 |
| 2. Die arbitrale Streitverkündungswirkung gemessen an der Privatautonomie des Dritten                                                              | 139 |
| a) Die Beschränkung der Privatautonomie im Bereich staatlicher Zivilprozesse                                                                       | 140 |
| aa) Die mittelbare Einlassungspflicht in ausländischen Zivilprozessen                                                                              | 141 |
| bb) Die Last des Streitverkündungsempfängers als Wertungsentscheidung                                                                              | 143 |
| b) Für eine prinzipielle Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung: Ein funktional wertender Vergleich der Lasten                              | 144 |
| aa) Die im Vergleich zu ausländischen Zivilprozessen gleichwertige Last einer Streitverkündungswirkung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO    | 144 |
| (1) Das Schiedsverfahren der §§ 1025 ff. ZPO als generell gleichwertiges Rechtsschutzsystem                                                        | 144 |
| (2) Die Schiedsabrede als zulässiger Vertrag mit Lastwirkung für einen Streitverkündungsempfänger                                                  | 147 |
| (3) Kein Verzicht auf die Streitverkündung durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung                                                             | 147 |
| (4) Die wertungsmäßige Irrelevanz des Attributes „staatlich“                                                                                       | 148 |
| bb) Die Entscheidung des Court of Appeals, Second Circuit (New York) im Fall SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos und ihre übertragbare ratio | 149 |
| cc) Die Gründe der Anerkennung von Drittwirkungen ausländischer Zivilprozesse als den wertenden Vergleich tragende Grundlage                       | 153 |
| (1) Die parteibezogenen Anerkennungsinteressen                                                                                                     | 153 |
| (2) Der internationale Entscheidungseinklang                                                                                                       | 154 |
| (3) Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsschutzsystems                                                                                         | 155 |
| (4) Förderung des Rechts- und Güterverkehrs                                                                                                        | 156 |
| c) Zwischenfazit                                                                                                                                   | 157 |
| 3. Die streitverkündungsbedingte Nebenintervention gemessen an der Privatautonomie des Verfahrensgegners                                           | 157 |
| 4. Die eigeninitiative Nebenintervention gemessen an der Privatautonomie der Schiedsparteien                                                       | 158 |
| a) Die im Schiedsverfahren besonders zu gewichtende Ausschluss-Dimension der Privatautonomie                                                       | 159 |
| b) Das gerade im Schiedsverfahren nur äußerst schwach zu gewichtende proaktive Rechtsschutzinteresse des Dritten                                   | 160 |
| c) Auswirkung auf die Interessenabwägung: Der zulässige, konkludente Ausschluss der eigeninitiativen Intervention des Dritten                      | 161 |

|      |                                                                                                                                                             |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.  | Allgemeiner Justizgewähranspruch .....                                                                                                                      | 162 |
| 1.   | Konsequenz des wertenden Vergleichs: Der prinzipiell zulässige Entzug (deutschen) staatlichen Rechtsschutzes zulasten des Streitverkündungsempfängers ..... | 163 |
| 2.   | Das Gebot effektiven Rechtsschutzes .....                                                                                                                   | 163 |
| a)   | Die ratio decidendi im Fall Pechstein .....                                                                                                                 | 163 |
| b)   | Effektiver Rechtsschutz als übergeordnetes Kriterium zur Beurteilung der Zumutbarkeit der (abstrakten) Verfahrensgestaltung .....                           | 165 |
| 3.   | Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK; 47 Abs. 1, 2 GRCh .....                                                                                               | 165 |
| III. | Der beschränkte Instanzenzug nach § 1059 ZPO .....                                                                                                          | 167 |
| 1.   | Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren) .....                                                                                                | 168 |
| 2.   | Konstellation I (Schiedsverfahren – deutscher Zivilprozess) .....                                                                                           | 168 |
| a)   | Gemessen am Gebot effektiven Rechtsschutzes .....                                                                                                           | 168 |
| b)   | Gemessen am Anspruch auf rechtliches Gehör .....                                                                                                            | 169 |
| c)   | Gemessen an der Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung .....                                                                                               | 170 |
| aa)  | Fälle wirksamer Disposition der Hauptpartei über den Instanzenzug zulasten des Dritten .....                                                                | 171 |
| bb)  | Gegen eine wirksame Beschränkung auf die Aufhebungsklage nach § 1059 ZPO ohne Zustimmung des Dritten .....                                                  | 172 |
| d)   | Konsequenz für die Streitverkündungswirkung .....                                                                                                           | 173 |
| 3.   | Vorgriff: Die Richtigkeitsgewähr als Beurteilungskriterium für die Zumutbarkeit der Gestaltung des primären Schiedsverfahrens .....                         | 174 |
| IV.  | Rechtliches Gehör .....                                                                                                                                     | 174 |
| V.   | Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit .....                                                                                                               | 175 |
| 1.   | Die Bedeutung der Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren .....                                                                         | 177 |
| a)   | Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens .....                                                                                                         | 178 |
| b)   | Keine grundsätzliche Vertraulichkeit eines Schiedsverfahrens nach §§ 1025 ff. ZPO .....                                                                     | 180 |
| aa)  | Keine gesetzliche Grundlage, keine Schutzpflicht .....                                                                                                      | 180 |
| bb)  | Vertraulichkeit nur, wenn und weil vereinbart .....                                                                                                         | 181 |
| cc)  | Keine implizite Verpflichtung zur Vertraulichkeit .....                                                                                                     | 181 |
| 2.   | Die Streitverkündung und die darauffolgende Intervention gemessen an einer möglichen Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens .....                            | 183 |
| a)   | Der normative Regelfall: Streitverkündung und Nebenintervention ohne Weiteres zulässig .....                                                                | 184 |
| b)   | Kein Ausschluss der Streitverkündung selbst bei Verpflichtung zur Vertraulichkeit .....                                                                     | 184 |
| aa)  | Die Streitverkündung und darauffolgende Intervention als gerechtfertigte Ausnahmen von der Vertraulichkeit .....                                            | 185 |
| bb)  | Einordnung von Vertraulichkeitsverpflichtungen in Schiedsordnungen: Insbesondere Art. 44 DIS-SchO .....                                                     | 187 |



|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Fazit: Raum für die Streitverkündung im Schiedsverfahren, aber Klarstellungsbedarf .....                       | 188 |
| 3. Die Streitverkündungsbedingte Schiedspflicht des Dritten gemessen am Öffentlichkeitsgrundsatz .....            | 189 |
| VI. Die Garantie des gesetzlichen Richters .....                                                                  | 191 |
| 1. Kein Gehalt der Garantie: Das Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit .....      | 192 |
| 2. Das Gebot paritätischer Mitwirkung als Äquivalent zum gesetzlichen Richter in der Schiedsgerichtsbarkeit ..... | 194 |
| 3. Das Gebot zur Mitwirkung des Dritten an der Bestellung des Schiedsgerichts .....                               | 196 |
| a) Die Abhängigkeit von einer Gefährdung der Neutralität .....                                                    | 197 |
| b) Nicht ausreichend: Die Schiedsrichterablehnung .....                                                           | 199 |
| c) Das Gebot paritätischer Mitwirkung des Dritten .....                                                           | 201 |
| aa) Kein „Recht“ auf Mitwirkung und eine bestimmte Zusammensetzung .....                                          | 201 |
| bb) Die paritätische Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung des Schiedsgerichts .....                       | 203 |
| (1) Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder Auswahl eines Vorsitzenden im dreiköpfigen Schiedsgericht .....   | 203 |
| (2) Bestellung beisitzender Schiedsrichter: Benennung zusammen mit der Hauptpartei .....                          | 204 |
| d) Die Ersatzbestellung im Falle gescheiterter Einigung .....                                                     | 208 |
| e) Verfahren bei Untätigkeit des Dritten .....                                                                    | 211 |
| VII. Die Autonomie der Schiedsrichter .....                                                                       | 213 |
| 1. Beitritt des Dritten vor Konstituierung des Schiedsgerichts .....                                              | 214 |
| 2. Beitritt nach Konstituierung des Schiedsgerichts .....                                                         | 216 |
| VIII. Verbraucherschutz .....                                                                                     | 220 |
| IX. Die öffentlichen Interessen der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit .....                                | 222 |
| 1. Kein maßgebliches Gewicht öffentlicher Interessen im Schiedsverfahren .....                                    | 222 |
| 2. Folgerung für die Reichweite der arbitralen Streitverkündungswirkung .....                                     | 225 |
| X. Kosten .....                                                                                                   | 225 |
| 1. Übertragbarkeit der Kostenverteilung auf das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO .....                       | 226 |
| a) Die Legitimität der Kostenverteilung auch bei schiedsspezifischen Mehrkosten .....                             | 227 |
| b) Die Trennung der Kosten des Zwischenstreits von denen der Mitwirkung des Dritten am Schiedsverfahren .....     | 230 |
| 2. Befugnis zur Kostenfestsetzung auch gegenüber dem Dritten .....                                                | 231 |
| XI. Zusammenfassung .....                                                                                         | 231 |
| 1. Die grundsätzliche Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten .....             | 232 |
| 2. Unzulässigkeit einer eigeninitiativen Nebenintervention des Dritten .....                                      | 235 |

|                                                                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>§ 5 Der für eine arbitrale Streitverkündungswirkung geltende Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes im Primärverfahren</b>    | <b>236</b> |
| I. Der Inhalt des Vorbehalts                                                                                                  | 237        |
| 1. Der einzelfallbezogene und zugleich generelle Charakter des Vorbehalts                                                     | 237        |
| 2. Die Kriterien der Zumutbarkeit der Verfahrensgestaltung                                                                    | 237        |
| 3. Darlegungs- und Beweislast                                                                                                 | 240        |
| II. Einordnung einzelner Verfahrensgestaltungen                                                                               | 240        |
| 1. Das Gebot konstituierungsbezogener Neutralität und die daraus folgenden zeitlichen Grenzen der Streitverkündung            | 240        |
| a) Abstrakt: Zeitliche Grenzen der Streitverkündung bei gebotener paritätischer Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung  | 241        |
| aa) Paritätische Mitwirkung des Dritten grundsätzlich in der für die Schiedsparteien geltenden Konstituierungsphase           | 241        |
| bb) Folge einer nicht rechtzeitigen Streitverkündung                                                                          | 242        |
| b) Praktikabilität der Streitverkündung bei Anwendung verschiedener in der Praxis verbreiteter Konstituierungsverfahren       | 243        |
| aa) Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters im dreiköpfigen Schiedsgericht                                              | 244        |
| (1) Streitverkündung auf Klägerseite                                                                                          | 244        |
| (2) Streitverkündung auf Beklagtenseite                                                                                       | 246        |
| bb) Bestellung eines Einzelschiedsrichters                                                                                    | 247        |
| cc) Bestellung eines Vorsitzenden im dreiköpfigen Schiedsgericht                                                              | 249        |
| c) Fazit: Streitverkündung im bestehenden Rahmen möglich, dennoch Bedarf nach ergänzenden Regelungen nach Vorbild der DIS-ERS | 249        |
| 2. Gestaltungen betreffend den Parteivortrag und die mündliche Verhandlung                                                    | 250        |
| a) Verfahrenssprache                                                                                                          | 251        |
| b) Beschränkung auf eine mündliche Verhandlung                                                                                | 252        |
| c) Virtuelle Schiedsverhandlung (Remote Hearing)                                                                              | 254        |
| 3. Gestaltungen betreffend den Beweis                                                                                         | 256        |
| a) Dokumentenvorlage (Document Production)                                                                                    | 256        |
| b) Zeugen- und Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell                                                        | 259        |
| aa) Prozeduraler Rahmen                                                                                                       | 260        |
| bb) Würdigung                                                                                                                 | 261        |
| c) Beweismaß (standard of proof)                                                                                              | 265        |
| 4. Besondere Verfahrens- und Entscheidungsformen                                                                              | 268        |
| a) Beschleunigtes Verfahren (expedited procedure)                                                                             | 269        |
| aa) Prozeduraler Rahmen                                                                                                       | 269        |
| bb) Würdigung                                                                                                                 | 271        |
| b) Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut                                                                                    | 274        |
| III. Zusammenfassung                                                                                                          | 275        |

|                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 6 Ein Experiment de lege lata: Eine „materiellrechtliche“ arbitrale Streitverkündungswirkung</b>                                                                | 277 |
| I. Die Legitimität einer „materiellrechtlichen“ Konstruktion der Streitverkündungswirkung im Wege der Rechtsfortbildung                                              | 278 |
| 1. Ein Blick auf das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht                                                                                               | 279 |
| a) Die wertungsmäßige Implikationslosigkeit der Kategorien „prozessrechtlich“ und „materiellrechtlich“                                                               | 279 |
| b) Konsequenz: Differenzierung zwischen einem materiellrechtlichen Charakter und einer Konstruktion mit Mitteln des materiellen Rechts                               | 282 |
| 2. Anekdotisch: Ein Blick auf „materiellrechtliche“ Konstruktionen der Streitverkündungswirkung                                                                      | 283 |
| a) Die „materiellrechtlichen“ Wurzeln der Streitverkündung im deutschen Recht                                                                                        | 283 |
| b) Ein rechtsvergleichender Blick                                                                                                                                    | 285 |
| aa) Schweiz                                                                                                                                                          | 285 |
| bb) Österreich                                                                                                                                                       | 287 |
| II. Vorüberlegungen: Freistellung von Prozessrisiken kraft vertraglicher oder gesetzlicher Risikoverlagerung                                                         | 288 |
| 1. Übernahme des Prozessrisikos kraft Freistellungsvereinbarung                                                                                                      | 288 |
| 2. Freistellung aus dem Regresstatbestand bei Schadens- oder Aufwendungsersatzpflicht                                                                                | 289 |
| 3. Keine Eignung zur rechtsfortbildenden Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung                                                                      | 291 |
| III. Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei aus § 241 Abs. 2 BGB                                                    | 292 |
| 1. Die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung der Haftung mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB (i. V. m. nemo auditur) | 292 |
| 2. Keine Eignung zur Konstruktion der im Schiedsverfahren gebotenen Streitverkündungswirkung                                                                         | 294 |
| a) Zu weit der Haftungsgrund: Der Haftungsumfang des Schadensersatzanspruchs                                                                                         | 295 |
| b) Zu eng der Haftungsgrund: Das schiefe Bild einer Streitverkündungswirkung als „Sanktion“ für eine nicht gewährte Unterstützung                                    | 297 |
| IV. Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Freistellungspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB                                                                          | 298 |
| 1. Vereinbarkeit der Annahme einer Freistellungspflicht mit der Dogmatik von Nebenpflichten                                                                          | 298 |
| a) Einpassung in den verhaltensbezogenen, abstrakt-relativen Charakter der Nebenpflichten                                                                            | 299 |
| b) Die Freistellungspflicht und Nebenpflichten als heteronomes, gesetzlich angeordnetes Recht                                                                        | 300 |

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Ein Novum im Hinblick auf die zur Entstehung von Nebenpflichten herangezogenen Begründungsmuster . . . . .                                        | 300 |
| 2. Vereinbarkeit der Annahme einer Streitverkündungswirkung infolge der Freistellungspflicht mit der Dogmatik der Haftung für Nebenpflichten . . . . | 303 |
| a) Schuldverhältnis: Die Notwendigkeit eines im Zeitpunkt der Streitverkündung bestehenden Schuldverhältnisses . . . . .                             | 303 |
| aa) Gegen die Entstehung eines Schuldverhältnisses durch Verkündung des Streits . . . . .                                                            | 303 |
| bb) Überblick über mögliche Streitverkündungsgründe . . . . .                                                                                        | 304 |
| b) Die Zumutbarkeit der Freistellungspflicht als das die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung abbildende Merkmal . . . . .                   | 306 |
| c) Rechtsfolge: Die Streitverkündungswirkung als Haftung für die Freistellungspflicht mit einem Erfüllungsanspruch . . . . .                         | 307 |
| aa) Zur Bewehrung von Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB mit einem Anspruch . . . . .                                                                   | 307 |
| bb) Der Anspruch auf Erfüllung der Freistellungspflicht . . . . .                                                                                    | 309 |
| (1) Konstellation I (Schiedsverfahren – deutscher Zivilprozess) . . . .                                                                              | 309 |
| (2) Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren) . . . . .                                                                                 | 310 |
| cc) Das Verhältnis zur Sekundärhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB . . . . .                                                                  | 311 |
| 3. Fazit: Eine dogmatisch gangbares, wenn auch nicht umzusetzendes Gedankenexperiment . . . . .                                                      | 311 |
| V. Zusammenfassung . . . . .                                                                                                                         | 312 |

## *Zweiter Teil*

|                                                                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren</b>                                                          | <b>315</b> |
| <b>§ 7 Die kollisionsrechtliche Qualifikation der Streitverkündung . . . . .</b>                                     | <b>315</b> |
| I. Die Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht im Kollisionsrecht . . .                                     | 316        |
| 1. Die Qualifikation durch eine funktional-teleologische Abgrenzung von Prozessrecht und materiellem Recht . . . . . | 317        |
| a) Die funktionale Methode der Abgrenzung . . . . .                                                                  | 318        |
| b) Keine allgemeine Vorzugstendenz und keine einzelfallbezogene Qualifikation . . . . .                              | 319        |
| aa) Gegen eine Tendenz zur materiellrechtlichen Qualifikation . . . . .                                              | 319        |
| bb) Gegen eine einzelfallbezogene Qualifikation nach der Entscheidungseffizienz . . . . .                            | 319        |
| cc) Gegen eine Tendenz zur prozessrechtlichen Qualifikation . . . . .                                                | 321        |
| c) Folgerung: Funktional-teleologische Abgrenzung von Prozessrecht und materiellem Recht . . . . .                   | 322        |
| 2. Die Qualifikation funktionaler Einheiten . . . . .                                                                | 323        |

|      |                                                                                                                      |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.  | Die Qualifikation der Streitverkündung .....                                                                         | 324 |
| 1.   | Die (streitverkündungsbedingte) Intervention im Primärprozess .....                                                  | 325 |
| 2.   | Die Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess .....                                                                | 325 |
| III. | Konsequenzen aus der prozessrechtlichen Qualifikation der Streitverkündung für internationale Schiedsverfahren ..... | 328 |
| 1.   | Eintritt der Streitverkündungswirkung kraft „Anwendung“ .....                                                        | 329 |
| a)   | Anforderungen an das im Sekundärprozess berufene Verfahrensrecht ...                                                 | 329 |
| b)   | Sonderfall: Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n. F. mit ausländischem Schiedsort .....                           | 330 |
| c)   | Die Auswirkung der Anwendung unterschiedlicher Sachrechte in Primär- und Sekundärprozess .....                       | 332 |
| 2.   | Ausblick zur „Anerkennung“ von Streitverkündungswirkungen aus Schiedsverfahren .....                                 | 333 |
| a)   | Tabellarischer Überblick: Das Verhältnis von Anwendung und Anerkennung der Streitverkündungswirkung .....            | 334 |
| b)   | Anerkennung kraft des UNÜ, bilateralen Abkommen oder autonomen Anerkennungsrechts .....                              | 335 |
| IV.  | Zusammenfassung .....                                                                                                | 338 |

### *Ausblick*

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 8 Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts</b>                                                                               | 340 |
| I. Der Bedarf nach einer gesetzlich geregelten, effektiven Streitverkündung im Schiedsverfahren                                            | 340 |
| 1. Der schon bei der Reform von 1998 erkannte Regelungsbedarf                                                                              | 340 |
| 2. Ein arbitrales Streitverkündungsrecht als geeigneter Mechanismus zur Regelung der Drittbeteiligung im Schiedsverfahren                  | 342 |
| 3. Eine Reform der §§ 1025 ff. ZPO als das vorzugswürdige Medium                                                                           | 344 |
| II. Ein Blick auf andere Schiedsverfahrensrechte: Der hier verfolgte Ansatz als bereits beschrittener Weg                                  | 345 |
| III. Leitlinien zur Regelung einer Streitverkündung im Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO                                          | 347 |
| <b>§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>                                                                                     | 352 |
| I. Die Fortbildung einer Streitverkündung und einer Nebenintervention für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mittels „Wertungsanalogie“ | 353 |
| II. Das Fundament: Eine Analyse von Streitverkündung und Nebenintervention im staatlichen Zivilprozess                                     | 354 |
| 1. Die streitverkündungsbedingte Freistellung der Hauptpartei vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts       | 354 |
| 2. Der nahezu ausgeschlossene Schutz des Dritten in seinem Interesse an der Gewähr (proaktiven) Rechtsschutzes im Primärprozess            | 355 |

|                                                                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3. Der grundsätzlich absolute Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse an einem verzögerungsfreien Ablauf des Primärprozesses .....                                            | 355        |
| 4. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten .....                                                                                                       | 356        |
| III. Die Legitimation eines vom Konsensprinzip ausgenommenen Streitverkündungsrechts im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO .....                                                    | 356        |
| 1. Die durch einen wertenden Vergleich zum Bereich staatlicher Zivilprozesse gerechtfertigte Beschränkung der Privatautonomie des Streitverkündungsempfängers .....                    | 357        |
| 2. Der in Konstellation II zulässige, in Konstellation I unzulässige, teilweise Entzug des zivilprozessualen Instanzenzugs .....                                                       | 358        |
| 3. Das im selben Umfang wie vor staatlichen Gerichten zu gewährende rechtliche Gehör des Dritten .....                                                                                 | 358        |
| 4. Die Streitverkündung als gerechtfertigte Ausnahme von einer möglichen Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens; der legitime interventionsbedingte Entzug der Öffentlichkeit .....     | 359        |
| 5. Das schiefe Bild vom „Entzug des gesetzlichen Richters“ – das stattdessen zu beachtende Gebot paritätischer Mitwirkung des Dritten bei der Konstituierung des Schiedsgerichts ..... | 359        |
| 6. Die Zulässigkeit der Intervention des Dritten unabhängig von der Zustimmung der Schiedsrichter .....                                                                                | 360        |
| 7. Die gegenüber § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO hinsichtlich einer arbitralen Streitverkündungswirkung weiter zu fassende Einrede mangelhafter Prozessführung .....                             | 361        |
| 8. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten .....                                                                                                       | 361        |
| IV. Der Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes als zentrale Bedingung für die Legitimierung eines arbitralen Streitverkündungsrechts .....                                                | 362        |
| 1. Die zeitlichen Grenzen einer arbitralen Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten .....                                                                                          | 363        |
| 2. Einordnung weiterer in der Schiedspraxis verbreiteter Verfahrensgestaltungen .....                                                                                                  | 363        |
| V. De lege lata: Die insgesamt nicht überzeugende „materiellrechtliche“ Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung .....                                                   | 364        |
| VI. Die prozessrechtliche Qualifikation der Streitverkündung – Konsequenzen für ihre „Anwendung“ und „Anerkennung“ in grenzüberschreitenden Streitigkeiten .....                       | 365        |
| VII. Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts .....                                                                                                                           | 366        |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>                                                                                                                                                      | <b>367</b> |
| <b>Sachwortverzeichnis .....</b>                                                                                                                                                       | <b>413</b> |



## § 1 Einleitung

In einer Umfrage der *Queen Mary University of London* in Kooperation mit der Kanzlei *White & Case LLP* aus dem Jahr 2018 gaben 39 % der insgesamt 1066 befragten Unternehmensjuristen<sup>1</sup>, Schiedsrichter, Anwälte, Repräsentanten von Schiedsinstitutionen, Wissenschaftler und Prozessfinanzierer an, die unbefriedigend gelöste Beteiligung Dritter – d.h. von (bisher) nicht an der Schiedsvereinbarung beteiligten Personen – sei einer der größten Nachteile eines Schiedsverfahrens. Sie erklärten dies damit zum drittgrößten Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt.<sup>2</sup>

### I. Einführung in die Problemstellung

In der gesellschaftlichen Realität, insbesondere im modernen Wirtschaftsleben mit verketteten Produktions-, Lieferungs- und Verkaufsschritten, sind häufig mehr als zwei Personen rechtlich in einer Weise miteinander verwoben, dass aufkommende Konflikte nicht durch *ein* Verfahren in der archetypischen zweipoligen Struktur mit den beiden Parteirollen „Kläger“ und „Beklagter“ beigelegt werden können (im Folgenden „verwobene Rechtsbeziehungen“ oder „verwobene Mehrpersonenkonflikte“). Man denke etwa an Lieferketten im Handel, Projekte im Anlagenbau, *Joint-Ventures*, Unternehmenstransaktionen usw.<sup>3</sup> Nötig wäre hierfür ein Verfahren, in dem sich mehr als die beiden Parteilisten gegenüberstehen können –

---

<sup>1</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird verallgemeinernd das generische Maskulinum verwendet. Diese Formulierungen umfassen gleichermaßen weibliche, männliche und non-binäre Personen; alle sind damit gleichberechtigt angesprochen.

<sup>2</sup> *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey, 2018 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)), S. 8. Auch nach einer Umfrage der *Germany Trade & Invest* (GTAI) aus dem Jahr 2020 werden Mehrparteienkonstellationen als Grund dafür angeführt, von einer Schiedsklausel abzusehen, vgl. *Germany Trade & Invest* (GTAI), Kurzumfrage zur Verwendung von Schiedsklauseln in Internationalen Verträgen, Juni 2020 (<https://www.gtai.de/resource/blob/261354/c1041149802613ef4e91f45cd83a917a/umfrage-schiedsklauseln-data.pdf>), S. 20.

<sup>3</sup> Aus einem internationalen Blickwinkel *Blackaby/Partasides/Redfern*, *International Arbitration*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1.133; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, S. 2760 f.; zudem etwa *Benedict*, *SchiedsVZ* 2018, 306; *Salger/Trittmann/Elsing*, § 9 Rn. 1; *Massuras*, *Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 14 ff.; *Ziegert*, *Interventionswirkung*, 2003, S. 1.



in der zivilprozessualen Terminologie ein Mehrparteienprozess<sup>4</sup>, in der schiedsrechtlichen ein Mehrparteischiedsverfahren<sup>5</sup>. Während ein Mehrparteienprozess vor deutschen staatlichen Gerichten aufgrund der Entscheidung für eine Zweiparteienstruktur<sup>6</sup> weitgehend ausgeschlossen bleibt, ist ein Mehrparteienverfahren (mit mehr als zwei Parteiseiten) im auf der Privatautonomie fußenden Schiedsverfahren möglich. Es setzt jedoch einen Konsens aller Streitparteien in Form einer Schiedsvereinbarung voraus (vgl. nur § 1029 Abs. 1 ZPO).

Ein solcher Konsens mag, obwohl bei Abschluss der Schiedsvereinbarung nach allgemeiner Einschätzung eher selten an eine mögliche Mehrparteilichkeit und hierfür zu treffende Regelungen gedacht wird,<sup>7</sup> noch recht gut gelingen, *wenn* das Verfahren einen Streit mit mehreren auf zwei Seiten verteilte Parteien (im Sinne einer zivilprozessualen Streitgenossenschaft) betrifft. Dies zeigen auch die Statistiken von Schiedsinstitutionen wie die der International Chamber of Commerce („ICC“) für das Jahr 2020 sowie der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit („DIS“) für das Jahr 2022, wonach in 31 % bzw. 24 % der registrierten Verfahren mehrere Kläger und/oder Beklagte aufgetreten sind.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> S. zum Begriff Wieczorek/Schütze/Mansel, Vor § 64 Rn. 29.

<sup>5</sup> Das Mehrparteischiedsverfahren (im Englischen *multi-party arbitration*, im Französischen *arbitrage multipartite*) hat gemeinhin eine weitere Bedeutung als der zivilprozessuale Mehrparteienprozess, wobei sich jedoch keine einheitliche Begriffsverwendung entwickelt hat: Verbreitet wird das Mehrparteienverfahren als Oberbegriff für alle Schiedsverfahren mit Beteiligung von mehr als zwei Personen – unabhängig von ihrer Rolle – auf Kläger- und/oder Beklagenseite verwendet (*Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 1.129 ff.; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2765; *Salger/Trittmann/Elsing*, § 9 Rn. 9; *Voser*, 50 years NYC, 2009, S. 343, 346; *Welser*, FS Elsing, 2015, S. 651, 658). Dieser Begriff wird im Folgenden zugrunde gelegt und, wenn nötig, mit entsprechenden Zusätzen differenziert (zweipolige, streitgenössische Mehrparteienverfahren; Mehrparteienverfahren mit mehr als zwei Parteiseiten; Mehrparteienverfahren unter Einbezug eines Streithelfers etc.). Geläufig ist auch die Unterscheidung zwischen einem „echten“ Mehrparteienverfahren *im engeren Sinn*, das Fälle mit mehr als zwei vollwertigen Verfahrensparteien meint, und einem Mehrparteienverfahren *im weiteren Sinn*, das neben den Parteien mindestens die Existenz einer nicht vollwertigen Partei voraussetzt (*Habscheid*, Arbitrage International, 1984, S. 173, 177 f.; *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, S. 431 f.; *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 17).

<sup>6</sup> S. zur Zweiparteienstruktur etwa *Grafshoff*, ZZZ 60 (1936), 242; *Heinsheimer*, FS A. Wach, 1913, S. 125, 129; *Wieczorek/Schütze/Loyal*, Vor § 50 Rn. 1 ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, Vor § 64 Rn. 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 40 III Rn. 26.

<sup>7</sup> Mit dieser Einschätzung etwa *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2765; *Salger/Trittmann/Elsing*, § 9 Rn. 23; *Luther*, FS von Caemmerer, 1978, S. 571, 575; *Raesche-Kessler/Berger*, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 772.

<sup>8</sup> Vgl. *International Chamber of Commerce* (ICC), ICC Dispute Resolution 2020 Statistic (ICC Publication No.: DRS895 ENG) (<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020>), S. 9; <https://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen>.

Für Verfahren, in denen sich mehr als Zweiparteiseiten gegenüberstehen sollen, wird ein allseitiger Konsens hingegen oft unmöglich sein: Da eine Einigung nach Entstehung der Streitigkeit eher unwahrscheinlich ist,<sup>9</sup> müssten die Konfliktbeteiligten vorher – regelmäßig bei Abschluss des jeweiligen Hauptvertrags – zum Abschluss einer allseitigen Schiedsklausel an den Verhandlungstisch gebracht werden. Es liegt auf der Hand, dass dies nur selten gelingen wird, insbesondere weil gerade in verwobenen Rechtsbeziehungen häufig gegenläufige Interessen vorliegen oder die Hauptverträge und damit die in diesen ggf. enthaltenen Schiedsklauseln schlicht zu unterschiedlichen Zeitpunkten verhandelt sein werden (wie bspw. typischerweise in Lieferketten, in denen ein Lieferant seine Kunden aus langjährig bestehenden Vertragsbeziehungen – samt langjährig bestehender Streitbeilegungsklauseln – mit seinen Sublieferanten bedient). Mehrparteienverfahren mit mehr als zwei Parteien werden in der Schiedsgerichtsbarkeit somit nur selten ausgetragen.<sup>10</sup> Ebenso wenig verhilft aufgrund der fehlenden Konsensfähigkeit der in zahlreichen Schiedsordnungen vorgesehene, nachträgliche Einbezug weiterer (vollwertiger) Parteien mittels *joinder*<sup>11</sup> (vgl. etwa Art. 19 DIS-SchO 2018 („DIS-SchO“); Art. 7 ICC-SchO 2021 („ICC-SchO“); Art. 22 (x) LCIA-SchO 2020 („LCIA-SchO“); Art. 6 Swiss-Rules 2021 („Swiss-Rules“); Art. 14 VIAC-Rules 2021 („VIAC-Rules“)) zu einer effektiven Drittbeteiligung.<sup>12</sup> Denn auch der *joinder* hängt in aller Regel, insbesondere nach den soeben genannten Schiedsordnungen, von einer mit dem Dritten geschlossenen Schiedsvereinbarung bzw. von dessen Zustimmung ab.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2765; Raeschke-Kessler/Berger, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 772; konstatiert auch von Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 3 zu Vereinbarungen zur Streitverkündung.

<sup>10</sup> Voser, 50 years NYC, 2009, S. 343, 344; *joinder* und *consolidation* als „difficult[...] and sometimes impossible“ beschreibend Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 2.234; kritisch mit Blick auf ein „echtes“ Mehrparteienverfahren in Regresskonstellationen Welser, FS Elsing, 2015, S. 651, 657. Bezeichnenderweise werden mehrpolige Verfahren in den Statistiken von Schiedsordnungen (s. etwa oben Fn. 8) nicht (gesondert) aufgeführt.

<sup>11</sup> S. zum Begriff etwa Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 1.130; Elsing, FS Wegen, 2015, S. 615, 624; Salger/Trittmann/Elsing, § 9 Rn. 44; Welser, FS Elsing, 2015, S. 651, 658.

<sup>12</sup> Eingehend zu den praktischen Problemen des *joinder* Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2763 ff.; zur Schwierigkeit, den Konsens für einen *joinder* zu finden, auch Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 2.234.

<sup>13</sup> S. zu nationalen Schiedsverfahrensrechten, die hinsichtlich des *joinder* Ausnahmen vom Konsensprinzip machen, die Überblicke bei Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2785 ff.; Schlabrendorff, LA Weber, 2016, S. 429, 433 ff. sowie näher unten § 8 II. (S. 345 ff.).

Faktisch kommt damit auch dem Schiedsverfahren nur eine Zweiparteienstruktur im zivilprozessualen Sinn (d. h. unter Einschluss der Streitgenossenschaft) zu.<sup>14</sup>

Zur Beilegung verwobener Mehrpersonenkonflikte sind vor diesem Hintergrund auch in der Schiedsgerichtsbarkeit regelmäßig zwei (oder mehr) nacheinander geschaltete Verfahren nötig. Aus der unverbundenen Beilegung zweier im Streitinhalt jedoch zusammenhängender Verfahren resultiert nun das dringende Bedürfnis nach einer Drittbeteiligung unterhalb der Schwelle eines Mehrparteienverfahrens (mit mehr als zwei Parteiseiten):

Dies sei an einem Beispiel veranschaulicht: Die M-GmbH beliefert ihre deutschen Kunden mit CNC-Dreh- und Frästeilen, die sie wiederum von Sublieferanten bezieht. Verklagt nun ein Kunde die M-GmbH gestützt auf die Behauptung, die Legierung der gelieferten CNC-Dreh- und Frästeile würde keinen ausreichenden Rostschutz aufweisen, auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises infolge Minderung, ruft die prozedurale Grundstruktur verschiedene drittbeteiligungsbezogene Interessen hervor: Zunächst wird die M-GmbH (im Folgenden allgemein auch „Hauptpartei“) ihr Verfahren selbst nur ungenügend führen können, denn ihr fehlt das Wissen über den Herstellungsprozess der CNC-Dreh- und Frästeile und das angewandte Legierungsverfahren. Sie ist somit darauf angewiesen, dass sie ihr Lieferant (im Folgenden allgemein auch „Dritter“) mit seinem potenziell größeren Wissen und Tatsachen bzw. Beweismitteln aus seiner Sphäre im Verfahren unterstützt. Andersherum kann der Lieferant ein Interesse daran haben, die M-GmbH im Gewährleistungsprozess gegen ihren Kunden (im Folgenden allgemein „Primärprozess“) mit Tatsachen und Beweismitteln aus seiner Sphäre zu unterstützen. Denn verliert die M-GmbH den Primärprozess, wird sie den Lieferanten wahrscheinlich in einem sich anschließenden Verfahren (im Folgenden allgemein „Sekundärprozess“) in Regress nehmen wollen. Beide Interessen bestehen aufgrund der (im Schiedsverfahren: faktischen) Zweiparteienstruktur unabhängig davon, ob der Primärprozess als Schiedsverfahren oder als staatliches Verfahren geführt wird. Der M-GmbH droht schließlich in diesem Regressprozess als „Gelenk zwischen zwei Prozessen“<sup>15</sup> noch eine besondere Gefahr, die gemeinhin als „Regressfalle“ bekannt ist: Das Gericht im Sekundärprozess ist an die primärgerichtlichen Feststellungen zur Mangelhaftigkeit der CNC-Dreh- und Frästeile, zur Beschaffenheit der Legierung etc. nicht gebunden, insbesondere da die Rechtskraft grundsätzlich auf das Verhältnis zwischen den Parteien beschränkt ist (vgl. §§ 325 Abs. 1; 1055 ZPO) und nicht die entscheidungsrelevanten Tatsachen umfasst.<sup>16</sup> Das Gericht könnte den Regressprozess daher etwa gestützt auf die Feststellung abweisen, die CNC-Dreh- und Frästeile seien mangelfrei, obwohl das Gericht im Primärprozess die Mangelfreiheit der CNC-Dreh- und Frästeile festgestellt hat. Der Hauptpartei droht also, beide Prozesse zu verlieren, obwohl sie nach materiellrechtlicher Lage und/oder Tatsachenlage potenziell einen der beiden Prozesse hätte gewinnen müssen.

<sup>14</sup> Massuras, Mehrparteienchiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 13 f.; Münch, Mehrparteienchiedsverfahren, 2021, S. 1, 12 ff.; Schlabrendorff, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, 55; Stig, IJLSE 1 (2007), 72, 75; Silva-Romero, Arbitral Procedure (International Colloquium of CEPANI), 2005, S. 75, 77; Voser, 50 years NYC, 2009, S. 343, 351; zudem Salger/Trittmann/Elsing, § 9 Rn. 1 („Grundvorstellung eines bilateralen Verfahrensrechtsverhältnisses“); Gharibian/Pieper, BB 2018, 387 („Grundfall der Schiedsgerichtsbarkeit“).

<sup>15</sup> R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 119.

<sup>16</sup> S. dazu noch näher unten § 3 I. 1. (S. 54 ff.).

Die deutsche Rechtsordnung enthält mit der Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) und der Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO) Instrumente, mit denen unter anderem die soeben aufgeworfenen Interessen geschützt werden: Der Dritte kann seine vom Primärurteil betroffene Rechtsposition mittels eigeninitiativer Intervention als Streithelfer (proaktiv) sichern bzw. schützen (§§ 66 Abs. 1, 67 Satz 1 Hs. 2, 69 ZPO).<sup>17</sup> Die Hauptpartei kann über die Streitverkündung den Weg für eine Unterstützung durch den Dritten eröffnen<sup>18</sup> und wird durch die Bindungswirkung nach §§ 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO vor bestimmten abweichenden Beurteilungen durch das Gericht im Sekundärprozess geschützt.<sup>19</sup> Zahlreiche Jurisdiktionen sehen in ihrem nationalen Zivilprozessrecht vergleichbare Instrumente zur Drittbeteiligung unter der Schwelle einer vollwertigen Verfahrenspartei vor.<sup>20</sup> Wie an späterer Stelle noch gezeigt wird, haben solche Instrumente gerade auch in Schiedsverfahren gewisse Vorteile vor „echten“ Mehrparteienverfahren.<sup>21</sup>

An dieser Stelle tritt hervor, warum die Drittbeteiligung als ein so großer Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit angesehen wird: Obwohl das Bedürfnis nach einer Drittbeteiligung unterhalb der Schwelle eines „echten“ Mehrparteienverfahrens vergleichbar dringend ist,<sup>22</sup> sehen die §§ 1025 ff. ZPO weder eine Streitverkündung und eine Nebenintervention vor, noch andere Drittbeteiligungsinstrumente. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1985 („UNCITRAL-MG“)<sup>23</sup> den Komplex der Drittbeteiligung komplett ausgespart hat und die Lücke auch vom deutschen Reformgesetzgeber nicht geschlossen wurde.<sup>24</sup> In der Folge ist seit jeher lebhaft umstritten, ob im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO von Drittbeteiligungsinstrumenten wie einer Streitverkündung und einer Nebenintervention von Gesetzes wegen Gebrauch gemacht werden kann.

Die Rechtsprechung – der Bundesgerichtshof im Jahr 1964<sup>25</sup> – und die herrschende Auffassung in der Literatur lehnen dies ab und verlangen eine *Vereinbarung* der Drittbeteiligung und ihrer Wirkungen.<sup>26</sup> Die Parteien des primären

<sup>17</sup> S. dazu näher unten § 3 III. (S. 108 ff.).

<sup>18</sup> S. dazu näher unten § 3 II. (S. 103 ff.).

<sup>19</sup> S. dazu näher unten § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>20</sup> S. dazu unten § 8 I. 2. (S. 343) sowie die Übersicht bei Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 30.

<sup>21</sup> S. dazu unten § 8 I. 2. (S. 342 ff.).

<sup>22</sup> S. zur Parallelität der Interessenlage an einer Drittbeteiligung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO und im deutschen Zivilprozess an verschiedenen Stellen der Analyse unten § 3 (S. 53 ff.).

<sup>23</sup> UN Doc. A/40/17, S. 65; UN Doc. A/RES/40/72, S. 308.

<sup>24</sup> S. dazu näher unten § 2 I. (S. 34 ff.).

<sup>25</sup> BGH ZZP 79 (1966), 121 ff.

<sup>26</sup> BGH ZZP 79 (1966), 121, 122 f.; RGZ 55, 14, 16 f.; zuletzt im Anschluss an den Bundesgerichtshof OLG Köln BeckRS 2015, 123288 Rn. 25. Aus der Literatur nicht erschöpfend Baumann, Mehrparteischiedsverfahren, 2021, S. 45, 51 (zur Streitverkündung); Borris, r + s

Schiedsverfahrens (und teilweise gefordert: auch die Schiedsrichter<sup>27</sup>) müssten eine Nebenintervention zulassen und die Hauptpartei müsste mit dem Dritten vereinbaren, dass im Sekundärprozess die tragenden schiedsgerichtlichen Feststellungen im Sinne der Streitverkündungswirkung bindend zugrunde gelegt werden. Zur Begründung verweist die herrschende Auffassung neben der Privatautonomie des Dritten (hinsichtlich der Streitverkündung) respektive der Verfahrensparteien (hinsichtlich der Nebenintervention) unter anderem auf die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens und den gesetzlichen Richter, der dem Dritten durch ein streitverkündungsbedingt „aufgedrängtes“ Schiedsverfahren entzogen sein soll. Die Gründe werden noch eingehend zu untersuchen sein.<sup>28</sup>

Vom Standpunkt der herrschenden Auffassung aus funktioniert eine Drittbeteiligung durch Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren praktisch nicht. Denn der Dritte wird der Streitverkündung kaum je zustimmen, zieht er doch aus der Streitverkündung keinen Vorteil, sondern wird durch die Bindung an Feststellungen aus dem für ihn „fremden“ Prozess in seinen Interessen beeinträchtigt.<sup>29</sup> Und die Verfahrensparteien, ganz besonders der Verfahrensgegner, haben regelmäßig kein Interesse daran, dass ein Dritter eigeninitiativ an ihrem Verfahren mitwirken kann. Vor diesem Hintergrund wird auch die Vereinbarung von Regelwerken zur Streitverkündung im Schiedsverfahren, die wie die von der DIS angebotenen „Ergänzenden Regeln für Streitverkündungen“ („DIS-ERS“)<sup>30</sup> eine Zustimmung des Dritten zur „Streitverkündung nach Maßgabe der DIS-ERS“ erfor-

2020, 316, 319; *Borris/Quinke/Kaehlbrandt u. a.*, SchiedsVZ 2024, 61, 62; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91 f.; *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 617 f.; *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 78, 85; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 290 ff.; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 2830; *Laschet*, FS Bülow, 1981, S. 85, 92; *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rn. 90; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 460 ff. (zur Nebenintervention), 504 f. (zur Streitverkündung); *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 569, 574 f.; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 119; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1029 Rn. 73 f.; *Raeschke-Kessler/Berger*, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 776; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1042 Rn. 84 ff.; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 22 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 18; *Theune*, SchiedsVZ 2024, 68, 69; a.A. *K. J. Wach*, FS *Elsing*, 2015, S. 611, 620 (streitverkündungsbedingte Einbeziehung des Dritten nicht von seiner Zustimmung abhängig); *K. J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 235 ff.; zudem *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 71 ff., 76 ff. (Intervention des Dritten nicht von der Zustimmung der Schiedsparteien abhängig).

<sup>27</sup> So etwa von *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 1378; *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 569, 575; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 18; *Zerhusen*, FS Thode, 2005, S. 355, 361.

<sup>28</sup> Unten § 4 (S. 134 ff.).

<sup>29</sup> S. dazu unten § 3 I. 1. c) (S. 58 f.) und § 3 I. 2. d) (S. 86 ff.). Mit der Feststellung, dass der Dritte einer Streitverkündung kaum zustimmen wird, etwa *Baumann*, Mehrparteienschiedsverfahren, 2021, S. 45, 51; *Borris/Quinke/Kaehlbrandt u. a.*, SchiedsVZ 2024, 61, 67; *Gharibian/Pieper*, BB 2018, 387, 388; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 119.

<sup>30</sup> Abrufbar unter [https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS\\_Ergaenzende\\_Regeln\\_fuer\\_Streitverkuendungen\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS_Ergaenzende_Regeln_fuer_Streitverkuendungen_3-2024.pdf).

dem (Art. 2 DIS-ERS<sup>31</sup>), nur in Einzelfällen gelingen – insbesondere, wenn die von der Streitverkündung profitierende Partei eine überwiegende Verhandlungsmacht besitzt oder in Verhandlungssituationen, in denen vor Entstehung einer Streitigkeit noch unklar ist, wer von den Regeln profitieren wird.<sup>32</sup>

Dem maßgeblich von *K.J.T. Wach* ausgearbeiteten Regelwerk zur Drittbeteiligung im Schiedsverfahren „The Munich Rules“<sup>33</sup> liegt demgegenüber die Prämisse zugrunde, dass der Dritte der Streitverkündung für ihre Wirksamkeit grundsätzlich nicht zustimmen muss. Auf The Munich Rules wird noch an verschiedenen Stellen der Untersuchung einzugehen sein.

Die dysfunktionale Drittbeteiligung ist der Katalysator für zahlreiche Untersuchungen zur Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit.<sup>34</sup> Sie ist zugleich der Beweggrund für diese Schrift, die mit ihrem Fokus auf die „Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren“ eine monographisch bisher nicht schwerpunktmäßig betrachtete Thematik behandelt.<sup>35</sup>

## II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil, auf dem der Schwerpunkt liegt, untersucht, ob in einem privaten Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO von einer Streitverkündung und Nebenintervention nach Vorbild der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO im Wege der Rechtsfortbildung *von Gesetzes wegen* Gebrauch gemacht werden kann. Der Untersuchung wird hierbei zugrunde gelegt, dass der Dritte weder Partei der Schiedsvereinbarung (des Primärprozesses) noch sonst

<sup>31</sup> Vgl. zudem *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.* (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS - Practice Note - DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 3, 25; *Borris/Quinke/Kaehlbrandt u. a.*, SchiedsVZ 2024, 61, 62.

<sup>32</sup> Mit ähnlicher Einschätzung *Theune*, SchiedsVZ 2024, 68, 71 f. Selbst die hinter den DIS-ERS federführenden Personen konstatieren (*Borris/Quinke/Kaehlbrandt u. a.*, SchiedsVZ 2024, 61, 62): „Diese unterschiedlichen Interessenlagen der Beteiligten erschweren die allseitige Zustimmung zu einer Streitverkündung.“ Die Autoren sind jedoch der Auffassung, die DIS-ERS würden insbesondere aufgrund der dort vorgesehenen Beteiligung des Dritten an der Konstituierung des Schiedsgerichts und ihrer Form als standardisiertes Regelwerk wahrscheinlicher vereinbart werden (*dies.*, SchiedsVZ 2024, 61, 63).

<sup>33</sup> Abrufbar unter <https://www.wachundmeckes.com/de/the-munich-rules> sowie mit einer Erläuterung des Regelwerks *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228 ff.

<sup>34</sup> S. statt aller die Literaturübersicht bei *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1034 nach Rn. 9.

<sup>35</sup> Die einschlägigen Monographien sind der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit allgemein verschrieben und behandeln die Instrumente einer Streitverkündung und einer Nebenintervention nur in der Nebenrolle (so etwa *Diesselhorst*, Mehrparteischiedsverfahren, 1994, S. 59 f.; *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 55–83; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 409–524) oder behandeln spezifische Rechtsbereiche (*Heiliger*, Streitverkündung und Nebenintervention in baurechtlichen Schiedsverfahren, 2009, *passim*).

an diese gebunden<sup>36</sup> ist oder seiner Streitverkündungsbedingten Einbeziehung in das Schiedsverfahren zugestimmt hat; und *vice versa* die Schiedsparteien (und das Schiedsgericht) nicht der Nebenintervention des Dritten zugestimmt haben. Diese Ausrichtung gründet darin, dass sich im Laufe der Untersuchung Anlass dazu zeigen wird, das von der herrschenden Auffassung aufgestellte *Erfordernis einer privatautonomen Vereinbarung der Drittbeteiligung teilweise fallen zu lassen*. Im Mittelpunkt des ersten Teils steht die Frage, ob eine Streitverkündung bzw. ihre Wirkung ohne Zustimmung des Dritten und andersherum die eigeninitiative Nebenintervention des Dritten gegen den Willen der Verfahrensparteien *wertungsmäßig legitimiert werden kann* (§ 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.)). Die Untersuchung beschränkt sich hierbei auf eine Streitverkündung und eine Nebenintervention *im* Schiedsverfahren und damit auf die folgenden Konstellationen I und II, wobei, soweit nicht anders angegeben, sowohl für den Primär- als auch für den Sekundärprozess die Anwendung deutschen materiellen Rechts zugrunde gelegt wird:

Konstellation I: Der Primärprozess, in dem der Streit verkündet und oder in den interveniert wird, ist ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO und der darauffolgende Sekundärprozess ein deutscher staatlicher Zivilprozess.

Konstellation II: Primär- und Sekundärprozess sind Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO.

Konstellation III: Der Primärprozess ist ein deutscher staatlicher Zivilprozess und der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO.

Zwar wird auch zur Konstellation III ein reger und kontroverser wissenschaftlicher Diskurs geführt. Die mit ihr verbundenen Fragestellungen sind jedoch überschaubar und betreffen andere Wertungsfragen als die Konstellationen I und II:

Nach nahezu einhelliger Auffassung wird die Möglichkeit, im staatlichen Primärverfahren von einer Streitverkündung und einer Nebenintervention Gebrauch zu machen, durch eine für den Sekundärprozess getroffene Schiedsabrede nicht berührt.<sup>37</sup> Der Streit dreht sich demgegenüber vor allem um die Frage, ob im arbitralen Sekundärverfahren die Streitverkündungs- bzw. Interventionswirkung eintritt. Dies ist eine Auslegungsfrage:<sup>38</sup> Wollen die Hauptpartei und der Dritte durch Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Streit so weitgehend den staatlichen

<sup>36</sup> S. zur subjektiven Reichweite von Schiedsvereinbarungen etwa *Gottwald*, FS Geimer II, 2017, S. 131 ff.; *Habersack*, FS Geimer II, 2017, S. 163 ff.; *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, *passim*; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, *passim*; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, *passim*.

<sup>37</sup> S. statt vieler BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1032 Rn. 12; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 89; *Zöller/Geimer*, § 1032 Rn. 18; *Bartels*, BB 2001 Beil. 7, 20; *Stretz*, SchiedsVZ 2013, 193, 194 f.; *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 618; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 42; *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 402; a. A. aber (Einrede gegen die Streitverkündung bereits im Primärverfahren) *MüKo-ZPO/Münch*, § 1032 Rn. 17; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1032 Rn. 46.

<sup>38</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 90; *Musielak/Voit/Voit*, § 1042 Rn. 11; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 43.



Gerichten entziehen, dass das staatliche Primärgericht selbst hinsichtlich der der Streitverkündungswirkung unterfallenden Feststellungen keine Kognition mehr besitzen soll? Haben die Hauptpartei und der Dritte mit Abschluss der Schiedsvereinbarung also vereinbart, dass der durch die Streitverkündungswirkung geschaffene Schutz zugunsten einer möglichst umfassenden Kognition des Schiedsgerichts entfallen soll – und die Streitverkündungswirkung folglich konkludent abbedungen? Die wohl noch herrschende und hier geteilte Auffassung verneint diese Frage, sieht sich jedoch einer starken Gegenauffassung ausgesetzt.<sup>39</sup>

Fragen hinsichtlich der verjährungshemmenden Wirkung der Streitverkündung nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB sind von der Untersuchung ausgenommen.

Die nach traditionellem Verständnis materiellrechtlich qualifizierte<sup>40</sup> Verjährungshemmung sollte durch eine Streitverkündung nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB völlig unabhängig davon ausgelöst werden, in welchem Streitbeilegungsmechanismus sie erklärt wird und ob die Voraussetzungen für den Eintritt der Streitverkündungswirkung vorliegen. Denn mit der Streitverkündung signalisiert die Hauptpartei dem Dritten, sich wegen des dort genannten Anspruchs möglicherweise an ihn zu wenden und zerstört so jegliches Vertrauen darauf, nicht mehr belangt zu werden.<sup>41</sup> In Widerspruch hierzu verlangt die ständige Rechtsprechung und

<sup>39</sup> Gegen eine Abbedingung der Streitverkündungswirkung *Bartels*, BB 2001 Beil. 7, 20; *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 402; *Zöller/Geimer*, § 1032 Rn. 18; *Thomas/Putzo/Seiler*, § 1042 Rn. 7; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 42 ff.; *BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami*, § 1032 Rn. 12 f.; *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 618; *Kraft/Looks*, BB 2002, 1171. A. A. *Baumann*, Mehrparteischiedsverfahren, 2021, S. 45, 55; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 90; *Kraft*, Grenzüberschreitende Streitverkündung, 1997, S. 125 ff.; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1032 Rn. 17; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1054 Rn. 15; *Stretz*, SchiedsVZ 2013, 193, 196 ff.; *Zerhusen*, FS Thode, 2005, S. 355, 364 f.; wohl auch *Stein/Jonas/Schlosser*, §§ 1032 Rn. 46, 1042 Rn. 99a). Nicht positioniert hat sich entgegen teilweiser Behauptung (etwa *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 42 Fn. 125) das OLG Hamburg BB 2002, 1170, 1170 f.: Das Gericht hatte lediglich darüber zu entscheiden, ob es zur Aufhebung des Schiedsspruchs führt, wenn sich ein Schiedsgericht an die Interventionswirkung gebunden fühlt. Offengelassen auch durch OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 35848 Rn. 46. Teilweise wird danach differenziert, ob der Dritte dem staatlichen Primärverfahren beigetreten ist und dem Beitritt die konkludente Akzeptanz der Interventionswirkung zugeschrieben: *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 90 („im Einzelfall“); *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1054 Rn. 15; *Stretz*, SchiedsVZ 2013, 193, 200 f. („regelmäßig der konkludente Erklärungswert beizumessen“).

<sup>40</sup> RGZ 145, 121, 127 ff.; BGH NJW 1960, 1720, 1721; *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 136; *Junker*, IZPR, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6; *Junker*, IPR, 5. Aufl. 2022, § 14 Rn. 53; *Kegel*, Qualifikation und Renvoi, 1962, S. 13, 30; *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 2.21; *BeckOGK-BGB/Meller-Hannich*, § 204 Rn. 85. Spezifisch zur Streitverkündung statt vieler RGZ 61, 390, 393; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 51 Rn. 24; *MüKo-BGB/Grothe*, § 204 Rn. 46; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 172; a. A. *Taupitz*, ZZP 102 (1989), 288, 295.

<sup>41</sup> So auch *Schmidt*, FS Eichele, 2013, S. 341, 348; zudem *Philipp*, Verjährungshemmung, 2018, S. 299 f.; *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2020, S. 443 ff.



noch herrschende Auffassung in der Literatur, dass die Streitverkündung im Sinne des § 72 Abs. 1 ZPO zulässig gewesen sein muss.<sup>42</sup>

Im Anschluss untersucht die Arbeit, ob sich eine danach legitimierte oder gar gebotene Drittbeteiligung durch Streitverkündung und Nebenintervention *de lege lata* umsetzen lässt (§ 6 (S. 277 ff.)). Hierzu wird ein historisch sowie rechtsvergleichend betrachtet keineswegs neuer, jedoch in der deutschen Rechtswissenschaft erst in jüngster Zeit wieder aufgegriffener<sup>43</sup> Ansatz in den Blick genommen: Die Vorschriften des materiellen Rechts. Die beiden vorstehenden Fragen werden durch eine Grundlegung der anzuwendenden Methode (§ 2 (S. 33 ff.)) und einer Analyse dazu vorbereitet, welche Interessen der Streitverkündung und der Nebenintervention nach §§ 66 ff., 72 ff. ZPO zugrunde liegen, welche gesetzliche Bewertung diese erfahren und welche Wertungen hierfür maßgeblich sind (§ 3 (S. 53 ff.)).

Der zweite Teil richtet den Blick sodann auf internationale Schiedsverfahren. Er untersucht, wie eine (arbitrale) Streitverkündung kollisionsrechtlich zu qualifizieren ist und welche Konsequenzen daraus für die Gebrauchsmöglichkeit einer Streitverkündung in grenzüberschreitenden Streitigkeiten zu ziehen sind (§ 7 (S. 315 ff.)). Die Untersuchung schließt mit einem Appell dafür, in den §§ 1025 ff. ZPO Regelungen für eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung nach Maßgabe der in dieser Arbeit entwickelten schiedsverfahrensspezifischen Modifikationen aufzunehmen (§ 8 (S. 340 ff.)).

---

<sup>42</sup> S. aus der Rspr. statt vieler BGHZ 175, 1, 3 f.; BGHZ 179, 361, 366 f.; zuletzt BGH NJW 2019, 1953, 1955 Rn. 29; aus der Literatur Anders/Gehle/Bünnigmann, § 74 Rn. 8; BeckOK-ZPO/Selle, § 74 Rn. 14.1; Stein/Jacoby, § 72 Rn. 16; Musielak/Voit/Weth, § 74 Rn. 5.

<sup>43</sup> So vor allem von Riehm, ZZP 134 (2021), 3 ff.; K.J. Wach, KSzW 2013, 148 ff.; K.J. Wach, FS Elsing, 2015, S. 611 ff.; K.J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228 ff.

## Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO

### § 2 Eine „Wertungsanalogie“ als Methode der Untersuchung

Der Diskurs beschränkt sich bislang im Wesentlichen darauf, nach einer analogen Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO im Schiedsverfahren zu fragen.<sup>1</sup> Diese Analogie verneint die herrschende Auffassung mit gutem Grund.<sup>2</sup> Allerdings zieht sie daraus zugleich das Fazit, dass eine Streitverkündung und eine Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO nicht von Gesetzes wegen möglich sein sollen, sondern lediglich – bei allseitigem Konsens – privatautonom vereinbart werden könnten.<sup>3</sup> Damit greifen die bisherigen Untersuchungen zu kurz. Die Analyse ist in zwei Zielrichtungen zu unterteilen:

Die erste betrifft die Frage, ob die Hauptpartei von einer Streitverkündung bzw. der Dritte von einer Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO von Gesetzes wegen und also ohne Zustimmung der jeweils anderen Verfahrensbeteiligten *Gebrauch machen können sollen*. Oder anders gewendet: *Lässt es sich wertungsmäßig (und damit jedenfalls de lege ferenda) legitimieren*, dass die Hauptpartei dem Dritten aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO heraus mit Bindungswirkung für den Sekundärprozess den Streit verkünden und der Dritte (ggf. eigeninitiativ) in ein solches Schiedsverfahren intervenieren kann? Diese Frage ist bisher nicht tiefgreifend untersucht worden, nicht zuletzt da sich die Blickrichtung mit der analogen Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO auf die Erwägung beschränkt hat, ob eine Streitverkündung und eine Nebenintervention „eins zu eins“ auf Schiedsverfahren übertragen werden können. Demgegenüber erfordert die Untersuchung einen weiteren Blickwinkel: Es ist in Erwägung zu ziehen, dass Streitverkündung und Nebenintervention im Zuge der Rechtsfortbildung *nach Maßgabe schiedsverfahrensspezifischer Wertungen modifiziert* werden müssen. Die

---

<sup>1</sup> S. etwa *Borris*, r + s 2020, 316, 321; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91; *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 618; *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 60 ff.; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 495 ff.; *Schütze/Tscherning/Wais/Wais*, Rn. 363 f.; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 44 ff. Mit einem Blick über die analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO hinaus aber *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3 ff.; *K.J. Wach*, FS *Elsing*, 2015, S. 611 ff.; *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228 ff.

<sup>2</sup> S. dazu unten § 6 (S. 277 f.).

<sup>3</sup> S. die Nachweise oben § 1 I. (S. 23 ff.) in Fn. 26.

zweite Zielrichtung betrifft die Frage, ob die nach vorstehender Analyse möglicherweise im Schiedsverfahren wertungsmäßig legitimierten Drittbeteiligungsinstrumente bereits *de lege lata* umgesetzt werden können. Auch insoweit ist über eine analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO hinauszublicken und insbesondere eine materiellrechtliche Konstruktion in Betracht zu ziehen.

Die Methode dieser Untersuchung ist demnach eine Gesamtanalogie:<sup>4</sup> Die zur Frage nach der wertungsmäßigen Legitimation einer Streitverkündung und einer Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO herangezogenen Wertungen werden aus dem Gesetz gewonnen (und nicht im Wege freier Rechtschöpfung), sodass diese Untersuchung eine „wertungskonsequente Rechtsfortbildung“ verfolgt, die über eine bloße Normanalogie hinausgeht. Sie wird hier als „Wertungsanalogie“<sup>5</sup> betitelt, um diesen Schwerpunkt hervorzuheben. Der nachfolgende Paragraph zeigt, welchen Schritten mit der Wertungsanalogie im Einzelnen nachzugehen ist.

## **I. Die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren als ausfüllungsbedürftige Lücke in §§ 1025 ff. ZPO**

Der Weg für die hier verfolgte Rechtsfortbildung wurde vom Reformgesetzgeber geebnet: Die §§ 1025 ff. ZPO wurden mit dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz von 1998<sup>6</sup> geschaffen und haben das bis zu diesem Zeitpunkt noch weitgehend auf dem Stand der CPO von 1879 befindliche<sup>7</sup> Schiedsverfahrensrecht abgelöst. Sie sind jedoch nicht allein ein Produkt der deutschen Legislative, sondern beruhen auf dem UNCITRAL-MG, das die Vereinten Nationen ihren Mitgliedsstaaten am 11. Dezember 1985 zur Annahme empfohlen haben.<sup>8</sup> Mit dem Modellgesetz haben die Vereinten Nationen an den Erfolg des New Yorker Übereinkommens von 1958<sup>9</sup> sowie an die UNCITRAL-SchO 1976<sup>10</sup> angeknüpft.<sup>11</sup> Erklärtes Ziel

---

<sup>4</sup> S. zum Begriff *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 98 mit Fn. 135; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 292.

<sup>5</sup> Der Begriff ist keine Neuschöpfung des Autors, sondern wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur bereits verwendet (so etwa durch *Dogan*, Der stille Kommanditist in der Publikums-KG, 2021, S. 288; *Staudinger-BGB/Heinrich*, Art. 17b EGBGB Rn. 88; *Martini/Neumann/Spörer*, JURA 2012, 404, 412).

<sup>6</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz – SchiedsVfG) v. 22. Dezember 1997, BGBl. I S. 3224.

<sup>7</sup> S. zum Stand des Schiedsverfahrensrechts vor der Reform *Bundesministerium der Justiz* (BMJ), Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, 1994, S. 1; zudem *Berger* (Hrsg.), Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 2 ff.

<sup>8</sup> UN Doc. A/40/17, S. 65; UN Doc. A/RES/40/72, S. 308.

<sup>9</sup> Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen).

<sup>10</sup> UN Doc. A/RES/31/98.

war, zur Vereinheitlichung der nationalen Schiedsverfahrensrechte im Hinblick auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit einen allgemeinen, universal konsensfähigen prozeduralen Rahmen zu schaffen, der sich dadurch zur Implementierung in möglichst vielen Rechtsordnungen eignet.<sup>12</sup> Dieser Hintergrund erklärt, warum das UNCITRAL-MG das Problem der Drittbeteiligung nicht regelt: Denn um als konsensfähiges Fundament zu dienen, musste das UNCITRAL-MG notwendigerweise das große Ganze in den Blick nehmen und konnte sich spezifischer Herausforderungen, deren Behandlung die Konsensfähigkeit gefährdet, nicht annehmen.<sup>13</sup> Der deutsche Reformgesetzgeber hat das UNCITRAL-MG sodann in den §§ 1025 ff. ZPO schlicht weitgehend übernommen.<sup>14</sup>

Bereits danach liegt nahe, dass der Umstand, dass das Schiedsverfahrensrecht keine Drittbeteiligungsinstrumente kennt, nicht auf einer bewussten Entscheidung dahingehend beruht, die entsprechenden Interessen an einer Drittbeteiligung nicht zu schützen. Es muss allerdings gar nicht darüber gemutmaßt werden. Denn der Reformgesetzgeber hat die Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit im weiten Sinn, und damit sämtliche Formen der Drittbeteiligung, als Lücke in den §§ 1025 ff. ZPO aufgefasst und ihre mögliche Ausfüllung der Rechtsprechung – und damit auch der Wissenschaft – überlassen: Die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren sei zu komplex für eine gesetzliche Regelung und werde „[...] daher in dem Entwurf nicht aufgegriffen, sondern (weiterhin) der Konturierung durch die Rechtsprechung überlassen [...]“<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> S. UN Doc. A/CN.9/207, Rn. 22 sowie zu den Hintergründen eingehend *Bundesministerium der Justiz* (BMJ), Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, 1994, S. 5.

<sup>12</sup> S. nur UN Doc. A/40/17, S. 65; UN Doc. A/CN.9/207, Rn. 27.

<sup>13</sup> Dies kommt auch in den Stellungnahmen der Mitgliedsstaaten zum Entwurf des UNCITRAL-MG zum Ausdruck, s. UN Doc. A/CN.9/263, S. 5. S. zum Ganzen *Jaeger*, Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes, 2001, S. 36 f.; *Zerbe*, Reform durch das UNCITRAL-Modellgesetz, 1995, S. 59 ff.

<sup>14</sup> Der Gesetz gewordene Entwurf der Bundesregierung stimmt fast vollständig mit dem Diskussionsentwurf der Reformkommission überein (vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 24) und der Diskussionsentwurf setzt weitgehend das UNCITRAL-MG um (vgl. *Bundesministerium der Justiz* (BMJ), Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, 1994, S. 9 ff.; *Berger* (Hrsg.), Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 15 f.; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 36).

<sup>15</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 26; s. hierzu auch die Berichte der Kommissionsmitglieder *Rabe* und *Schlosser*: *Rabe*, FS Rowedder, 1994, S. 399, 405; *Schlosser*, RIW 1994, 723, 724.

## II. Die Einheit der Rechtsordnung als Bindeglied zwischen den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO und dem deutschen Schiedsverfahrensrecht

Die Wertungsanalogie zielt kurz gesagt darauf ab, die zivilprozessuale Streitverkündung und Nebenintervention der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO auf Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu übertragen – zieht jedoch in Betracht, dass Streitverkündung und Nebenintervention hierbei neu geformt werden müssen. Soll dieser Ansatz legitim sein, müssen zum staatlichen Zivilprozess getroffene Wertungen für das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO *maßgeblich sein können*. Angesprochen ist damit das Bindeglied zwischen der Drittbeteiligung durch Streitverkündung und Nebenintervention im staatlichen Zivilprozess und derjenigen im Schiedsverfahren. Dieses Bindeglied ist die normative Idee der wertungsmäßigen *Einheit der Rechtsordnung*:

### 1. Die Maßgabe der normativen Idee der Einheit der Rechtsordnung

Die Deutungsansätze dazu, was die normative Idee der Einheit der Rechtsordnung bedeutet<sup>16</sup>, sind mannigfaltig.<sup>17</sup> Sie können und müssen hier jedoch nicht erörtert werden. Denn das Element, das den Bogen zwischen dem staatlichen Zivilprozess und dem nationalen Schiedsverfahren spannt, wird bereits durch den weitgehend gesicherten Bedeutungskern getragen. Der ist: Unsere Rechtsordnung ist ein Ganzes – ein System, das im Ideal *widerspruchsfrei* ist.<sup>18</sup> Sowohl die „Einheit“ als auch die „Ordnung“ des Rechts sind dabei Folgerungen aus dem allgemeinen Gerechtigkeitspostulat. Gleiches soll gleich und Ungleiches entsprechend ungleich behandelt werden.<sup>19</sup> Damit die Einheit und also ein möglichst widerspruchsfreies „inneres System“<sup>20</sup> bestehen kann, müssen sich an einem Punkt in der Rechtsord-

<sup>16</sup> Von einigen Stimmen wird ihre Bedeutung freilich generell angezweifelt. Dazu gehören allen voran *Grimm*, AcP 171 (1971), 266 ff. sowie *Peine*, Das Recht als System, 1983, S. 16 ff. im Hinblick auf die „Einheit der Verfassung“.

<sup>17</sup> Bereits *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1987 (Neudruck 1935), S. 1 f.; zudem *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 13 ff.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 143; *Hellwege/Soniwicka*, Einheit der Rechtsordnung, 2020, S. 1, 3 ff.

<sup>18</sup> S. bereits *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1987 (Neudruck 1935), S. 68: „Vermeide nach Möglichkeit Widersprüche!“, zudem *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 16 f.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 143; *Hanebeck*, Staat 41 (2002), 429, 430; *Jarass*, VVDStRL, 1991, S. 238, 260; *Linder*, Einheit der Rechtsordnung, 2020, S. 15, 25 f.; *E. Meyer*, Wertungsjurisprudenz, 1984, S. 101; *Sodan*, JZ 1999, 864, 866 ff.; zur Einheit der Verfassung aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts statt vieler BVerfGE 1, 14, 15; dagegen sieht auf Basis seiner rechtshistorischen Betrachtung (die mit *Engisch* endet) keinen wirklichen Bedeutungskern *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 193 ff. (Resümee).

<sup>19</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 16; *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1987 (Neudruck 1935), S. 62 f.; *J. Neuner*, Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 105 ff.

<sup>20</sup> S. zum Verhältnis der Einheit der Rechtsordnung und dem inneren System *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 16; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983,

nung gesetzte Wertungen in allen Sachverhalten niederschlagen, in denen dies ihrem Gehalt nach folgerichtig ist. Canaris beschreibt das Ideal einer einheitlichen Rechtsordnung insofern als Ideal wertungsmäßiger Folgerichtigkeit.<sup>21</sup> Die Einheit der Rechtsordnung ziele darauf ab, eine „einmal gesetzte (primäre) Wertung in allen ihren Konsequenzen zu Ende zu denken“<sup>22</sup>. Für Interessenbewertungen, die aufgrund von Wertungen getroffen werden, jedoch immer auch selbst Wertung sind,<sup>23</sup> gilt dies ebenso. Im Gedanken der Folgerichtigkeit<sup>24</sup> ist schließlich enthalten, dass eine einmal getroffene Interessenbewertung fortzudenken ist (d. h. fortzuentwickeln ist, *wenn und soweit* dies folgerichtig ist).

Konstellationen, in denen die normative Idee der Einheit der Rechtsordnung in ihrer „Anwendung“ besonders augenscheinlich auftritt, sind etwa die teleologische<sup>25</sup> oder die verfassungskonforme<sup>26</sup> Auslegung; die Analogie und verwandte rechtsfortbildende Werkzeuge;<sup>27</sup> die Drittwirkung der Grundrechte,<sup>28</sup> oder wie Felix eingehend analysiert hat, wenn Wertungen über Teilrechtsordnungen hinweg berücksichtigt werden<sup>29</sup>.

Angesichts der zahlreichen Widersprüche, die parlamentarische Gesetzgebungsprozesse – wie etwa im Zuge der Europäisierung des Rechts – schon immer für das positive Recht vorge-

---

S. 97; *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 1965, S. 295 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 180 f.; *J. Neuner*, Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 105 ff.

<sup>21</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 16.

<sup>22</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 46; *J. Neuner*, Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 105.

<sup>23</sup> Rechtsprinzipien wirken sich mit ihrem Gewicht abwägungslenkend auf die (normschöpfende) Interessenbewertung aus (s. anstatt vieler *Avila*, Rechtsprinzipien, 2011, S. 81 f.; *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 23; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16). Es ist allerdings allgemein anerkannt, dass Rechtsprinzipien die Interessenbewertung nicht *determinieren*, sondern auf jeder Konkretisierungsstufe bis hin zur Gewichtung der einzelnen Interessen eigenständige Wertungsentscheidungen getroffen werden müssen (s. etwa *F. Bydlin-ski*, System und Prinzipien, 1996, S. 37 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 477 f.; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 6 ff.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16; *Weinberger*, Norm und Institution, 1988, S. 96). S. dazu näher unten § 2 III. 2. (S. 49 ff.).

<sup>24</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 17.

<sup>25</sup> *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 180.

<sup>26</sup> *Bogs*, Verfassungskonforme Auslegung, 1966, S. 22 f.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 181; *Geis*, NJW 1992, 2938; *Hesse*, Verfassungsrecht, 20. Aufl. 1999, § 2 Rn. 81; unter Rekurs insbesondere auf *Engisch* und *Bogs Zippelius*, FS BVerfG (25 Jahre), 1976, S. 108, 109; grundsätzlich auch *Canaris*, FS Ernst A. Kramer, 2004, S. 141, 147 f.; zu abweichenden Ansätzen s. die Nachweise bei *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 13.

<sup>27</sup> *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1987 (Neudruck 1935), S. 75; *Danwerth*, ZfPW 2017, 230, 247; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16 f.

<sup>28</sup> *K. Schmidt*, Ringvorlesung Einheit der Rechtsordnung, 1994, S. 9, 18 f.

<sup>29</sup> *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 16 ff. (Analyse), 142 (Fazit). Zur schweizerischen Rechtsordnung das Bundesgericht in BGE 143 II 8 Rn. 7.3.

bracht haben und auch gegenwärtig hervorbringen, könnte man an der Existenz des Ideals wertungsmäßiger Widerspruchsfreiheit zweifeln und sich resigniert damit abfinden, dass es ein Ideal der Wissenschaft sei, das mit der Realität nichts (mehr) zu tun habe. Allerdings schwindet ein Ideal nicht dadurch, dass es durch gegenwärtige Herausforderungen möglicherweise weiter in die Ferne rückt. Das Gegenteil ist der Fall: Je mehr Lücken die positive Rechtssetzung hervorbringt, je mehr Widersprüche sie erzeugt, desto wichtiger ist das Ideal einer wertungsmäßigen Einheit des Rechts. Denn es erschöpft sich nicht darin, den Idealzustand zu beschreiben, sondern ist vor allem Legitimation und Auftrag zugleich, Wertungswidersprüche aufzuspüren und in den Grenzen der Rechtsfortbildung – die im Einzelfall auch durch einen in einer konkreten Regelung manifestierten gesetzgeberischen Willen zur Inkohärenz gesteckt sein mögen – mit allen verfügbaren Mitteln zu beseitigen.<sup>30</sup>

Auf das Problem der Drittbeteiligung im Schiedsverfahren bezogen bedeutet dies: Mit den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO wurde eine Wertung gesetzt, die auf das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO zu übertragen ist, soweit dies folgerichtig ist. Das aus dem Gedanken der Folgerichtigkeit abgeleitete „soweit“ ist ein wichtiger Zusatz: Denn es ermöglicht, den mit den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO geschaffenen Interessenschutz flexibel – nur teilweise oder weitergehend – in das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu übertragen und *legitimiert folglich dazu, Streitverkündung und Nebenintervention rechtsfortbildend neu zu formen*.

## 2. Staatlicher Prozess und Schiedsverfahren als Teile einer Wertungseinheit: Zur Natur der Schiedsgerichtsbarkeit

Die Fortbildung von zum staatlichen Zivilprozess getroffenen Wertungen in das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO ist jedoch nur dann legitim, wenn deutsche staatliche Zivilprozesse und Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (mit deutschem Schiedsort) *wertungsmäßig in derselben (deutschen) Rechtsordnung verankert sind*. Mit Blick auf den Diskurs zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, könnte man an der Verankerung des Schiedsverfahrens nach §§ 1025 ff. ZPO in der deutschen Rechtsordnung zweifeln: Dort wird lebhaft diskutiert, ob das Schiedsverfahren und der Schiedsspruch in eine (bestimmte) Rechtsordnung „integriert“, oder aber von bestimmten oder gar allen Rechtsordnungen „delokalisiert“ sind.<sup>31</sup> Wie *Solomon* aufgezeigt hat, geht es bei dieser Diskussion jedoch weniger um die Frage nach einer allgemeinen „Delokalisierung“ des Schiedsverfahrens von Rechtsordnungen und ihren Wertungen, als vielmehr um verschiedene differenziert zu behandelnde Problemstellungen, die aus der Internationalität des jeweiligen Schiedsverfahrens, des Schiedsspruchs oder der ersuchten Vollstreckung resultieren

<sup>30</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 116; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 165; *E. Meyer*, Wertungsjurisprudenz, 1984, S. 101; *K. Schmidt*, Ringvorlesung Einheit der Rechtsordnung, 1994, S. 9, 28.

<sup>31</sup> S. zur Diskussion eingehend und m.w.N. *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 275 ff.; zudem *Kischel*, State contracts, 1992, S. 162 ff.; *F.A. Mann*, ZHR 130 (1968), 97 ff.



(Paradigma: Kann ein im Ursprungsstaat aufgehobener Schiedsspruch vollstreckt werden?).<sup>32</sup>

Demgegenüber wurzeln Schiedsverfahren und Schiedssprüche nach heute ganz herrschender Auffassung aufgrund ihrer Natur prinzipiell in einer nationalen Rechtsordnung.<sup>33</sup> Diese heute weitgehend gesicherte<sup>34</sup> Natur ist: Zwar beruht die Verbindlichkeit der Streitbeilegung im Wege eines Schiedsverfahrens nicht auf der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt, sondern primär auf der Privatautonomie der Schiedsparteien.<sup>35</sup> Gleichwohl lässt sich die Qualität eines Schiedsspruchs nicht vertraglich als Vergleich, Leistungsbestimmung nach § 317 BGB oder ähnliches beschreiben. Sondern ein Schiedsgericht *spricht* – anstelle eines staatlichen Gerichts, § 1032 Abs. 1 ZPO – *Recht* und erzeugt mit dem Schiedsspruch somit einen *Jurisdiktionsakt*.<sup>36</sup> Das Verständnis der herrschenden Auffassung wird hier nicht hinterfragt, sondern der Untersuchung zugrunde gelegt.

Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mit deutschem Schiedsort<sup>37</sup> sind hierbei nach dem Sitzprinzip des Art. 1 Abs. 2 UNCITRAL-MG, das in § 1025 Abs. 1 ZPO übernommen wurde, in die deutsche Rechtsordnung integriert.

Die wertungsmäßige Integration in die deutsche Rechtsordnung erklärt sich zudem aus der Qualität als verbindliche Rechtsprechung: Die deutsche Rechtsordnung bietet diese Form der

<sup>32</sup> *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 281, 286 f.

<sup>33</sup> S. statt vieler m. w. N. auch zur a. A. Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1043 Rn. 7 („Zu [sic] Natur des Schiedsspruchs gehört es, dass er in einem nationalen Recht ‚wurzelt‘.“); MüKo-ZPO/Münch, § 1025 Rn. 11 („Jeder Schiedsspruch muss auch einen Schiedsort haben, der ihm seine Heimstatt darstellt – ein irgendwie ‚anationaler‘ Schiedsspruch existiert nicht bzw. würde durch alle Roste fallen [...]“).

<sup>34</sup> Dieser Konsens hat sich aus einer schon seit langem und noch immer geführten Diskussion um die Positionen zwischen Vertrags- und Jurisdiktionstheorie herausgebildet. Zur Diskussion eingehend *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 288 ff.; *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 40 ff.; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 578 ff.

<sup>35</sup> BGHZ 65, 59, 61; prägnant *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 294, 320 ff.; zudem *Habscheid*, ZJP 70 (1957), 25, 26; *Lorenz*, AcP 157 (1958/1959), 265, 274 f.; *R. R. Neuner*, RabelsZ 3 (1929), 39, 44; *H. Prütting*, FS Schlosser, 2005, S. 705, 708.

<sup>36</sup> S. statt vieler BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 40 – *Pechstein*; BGHZ 65, 59, 61 f.; BGH NJW-RR 1986, 1059, 1060; *Berger*, RIW 1994, 12, 16 („originäre Rechtsprechungsfunktion“); *Habscheid*, JZ 1998, 445, 446 (Schiedsgerichtsbarkeit sei „nach wohl h. M. Ausübung staatlicher Gerichtsbarkeit“); *Zöller/Geimer*, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 1; *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 148; *Münzberg*, Schranken der Parteivereinbarungen in der Schiedsgerichtsbarkeit, 1970, S. 24; *Pika*, ZJP 131 (2018), 225, 236; *H. Prütting*, FS Schlosser, 2005, S. 705, 707 („Form materieller Rechtsprechung“); *Stein/Jonas/Schlosser*, Vor § 1025 Rn. 4; *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 341 (Fazit); *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 582 („richterliche Entscheidung“); a. A. aus einem rein verfassungsrechtlichen Blickwinkel *Schenk*, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 27 ff.

<sup>37</sup> Nach §§ 1025 ff. ZPO geführte Schiedsverfahren mit ausländischem Schiedsort sind jedoch denkbar, da § 1025 Abs. 1 ZPO keine negative Kollisionsnorm enthält (s. dazu noch unten § 7 III. 1. b) (S. 330 ff.).



Streitbeilegung anstelle staatlicher Rechtsschutzgewährung an, versagt also staatlichen Rechtsschutz, wenn und weil die Parteien ein Schiedsgericht zur Entscheidung berufen haben (§ 1032 Abs. 1 ZPO). Zudem stellt der Staat seine Zwangsgewalt sowohl während des Verfahrens zur Verfügung (§ 1050 ZPO), als auch zur Vollstreckung des Schiedsspruchs (§ 1055 ZPO). Ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist insofern bereits deswegen Teil der deutschen Rechtsordnung, weil es zur Anwendung eben jenes Zwangs bzw. zu eben jener Rechtsschutzversagung der Legitimation nach den Wertungen der deutschen Rechtsordnung bedarf.<sup>38</sup> Dies entspricht gelebtem Verständnis: Das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO wird ganz selbstverständlich an den verfassungsrechtlichen Anforderungen gemessen, die sich auf zivile Streitbeilegung beziehen.<sup>39</sup> Staatliche Gerichte prüfen etwa im Rahmen der Entscheidung nach § 1032 Abs. 1 Hs. 2 ZPO über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, ob die Surrogation der staatlichen Gerichte durch das Schiedsgericht gemessen an den Wertungen der deutschen Rechtsordnung Bestand hat.<sup>40</sup>

Das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO gründet mithin – wenn auch auf der Privatautonomie fußend – nicht (nur) auf den Wertvorstellungen der Schiedsparteien, sondern wie der staatliche Zivilprozess auf den Wertungen der deutschen Rechtsordnung. Beide Streitbeilegungsmechanismen sind mithin Teile einer anzustrebenden Wertungseinheit. In der Konsequenz kann es legitim sein, zum staatlichen Zivilprozess getroffene Wertungen auf das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO zu übertragen.

So wird bspw. der für die Gewähr rechtlichen Gehörs zum staatlichen Zivilprozess entwickelte Maßstab auf das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO übertragen<sup>41</sup> – und in der Konsequenz grundsätzlich auch die an eine Präklusion zu stellenden Anforderungen<sup>42</sup>.

Jedoch können zum staatlichen Zivilprozess getroffene Wertungen nur nach sorgfältiger Prüfung und ggf. modifiziert auf Schiedsverfahren übertragen werden. Denn Schiedsverfahren sind nicht *gleich* einem staatlichen Zivilprozess in die deutsche Rechtsordnung integriert.<sup>43</sup> Das Schiedsverfahren unterliegt ausgehend von seinem mit den §§ 1025 ff. ZPO gegebenen Rahmen und aufgrund seiner pri-

<sup>38</sup> Mit einem Gedanken in diese Richtung Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, Art. 92 Rn. 91.

<sup>39</sup> S. statt vieler Geimer, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 170 ff.; Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2004, *passim*; Jahnke, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2018, S. 33 ff.; Kahlert, SchiedsVZ 2023, 2, 8 f.; H. Prütting, FS Schlosser, 2005, S. 705, 707 ff.; Stober, NJW 1979, 2001 ff.; Schwab, LA Domke, 1967, S. 301 ff.

<sup>40</sup> S. die erste und bislang einzige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit BVerfG NJW 2022, 2677 – Pechstein.

<sup>41</sup> Grundlegend BGHZ 31, 43, 45; zudem BGHZ 85, 288, 291 ff.; BGHZ 96, 40, 47 f.; BGH NJW 1992, 2299; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 106; MüKo-ZPO/Münch, § 1042 Rn. 30; Pika, ZJP 131 (2018), 225, 239; Stein/Jonas/Schlosser, § 1042 Rn. 37 ff.; Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1042 Rn. 8; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 15 Rn. 1; R. Wilhelmi, SchiedsVZ 2020, 30, 31; im Ergebnis auch Geimer, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 127; Sawang, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 267 f.

<sup>42</sup> OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2014, 154, 157; OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2006, 219, 223.

<sup>43</sup> Solomon, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 341 f.

vatautonomen Verankerung zum Teil anderen Wertungen oder denselben Wertungen anders gewichtet als der staatliche Zivilprozess. Paradigmatisch ist neben dem besonderen Gewicht der Privatautonomie etwa, dass dem Prinzip der Prozessökonomie, soweit im Allgemeininteresse stehend, keine legitimierende Kraft zukommt,<sup>44</sup> oder dass Schiedsverfahren grundsätzlich nichtöffentlich sowie ggf. vertraulich geführt werden<sup>45</sup>. Diese schiedsverfahrensspezifische Wertungslage ist im Rahmen der hier verfolgten Rechtsfortbildung zu berücksichtigen.<sup>46</sup>

### III. Die Schritte der „Wertungsanalogie“

Um zu untersuchen, ob bzw. inwieweit es folgerichtig ist, die zivilprozessuale Streitverkündung und Nebenintervention der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO in das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu übertragen und ob sich dies *de lege lata* umsetzen lässt, sind kleinere Schritte nötig:

#### 1. Das Fundament:

##### **Eine Analyse der den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO zugrundeliegenden Interessen, deren Bewertung und der dafür maßgeblichen Wertungen**

Das Fundament legt eine Analyse der mit einer Streitverkündung und einer Nebenintervention für den staatlichen Zivilprozess getroffenen Wertungsentscheidungen: Es gilt herauszuarbeiten, welche Interessen insbesondere<sup>47</sup> den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO zugrunde liegen, welche Bewertung diesen nach der gesetzgeberischen Abwägung<sup>48</sup> zukommt und welche Wertungen hierfür maßgeblich sind. Denn zum einen befähigt erst das Verständnis darüber, „was“, „wie“ und „warum“ die beiden Instrumente im staatlichen Zivilprozess schützen, zur Beurteilung, ob ihr Schutz auch im Schiedsverfahren angezeigt ist. Und zum anderen sind, wie noch zu sehen

<sup>44</sup> S. dazu und zur Konsequenz für eine Streitverkündung und eine Nebenintervention im Schiedsverfahren unten § 4 IX. (S. 222 ff.).

<sup>45</sup> S. dazu unten § 4 V. (S. 175 ff.).

<sup>46</sup> S. zur Bedeutung dieses Umstands für die Methode der Wertungsanalogie unten § 2 III. 2. (S. 49 ff.) sowie § 2 III. 3. (S. 51 f.) und zur Analyse selbst unten § 4 (S. 134 ff.).

<sup>47</sup> Das Zivilprozessrecht kennt neben der Streitverkündung und der Nebenintervention noch einige weitere Instrumente zur Drittbeteiligung (wie die isolierte Drittwiderklage, die Urheberbenennung, der Gläubigerstreit etc.), die an den jeweils relevanten Stellen mit in die Untersuchung einbezogen werden.

<sup>48</sup> S. zur Manifestation gesetzgeberischer Interessenabwägungen in Rechtsnormen etwa BGHZ 17, 266, 275: „Jedem Gesetz liegt eine Interessenabwägung zugrunde, die in bestimmter Weise auf das soziale Leben einwirken will.“; zudem BGHZ 2, 176, 184; Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 41; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 181; Oertmann, Interesse und Begriff, 1931, S. 6; Rüthers/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 91; Stoll, FG Heck, Rümelin und Schmidt, 1931, S. 60, 67; allgemein auf das Aufstellen von Regeln für menschliches Verhalten bezogen Larenz, Richtiges Recht, 1979, S. 23.

ist, schon wesentliche Aspekte der zivilprozessualen Streitverkündung und Nebenintervention umstritten. In den Analyseschritt sei näher eingeführt:

Trotz ihres interessenbasierten Ausgangspunktes steht die Wertungsanalogie nicht auf dem Boden der oft allein mit einer Interessenbetrachtung in Verbindung gebrachten Interessenjurisprudenz, sondern auf dem herrschenden Boden der Wertungsjurisprudenz<sup>49</sup>: Beide methodologischen Ansätze forschen im Ausgangspunkt nach den widerstreitenden Interessen und ihrer gesetzgeberischen Bewertung.<sup>50</sup> Die Interessenjurisprudenz bleibt jedoch an dieser Stelle stehen, kann durch ihre Verhaftung in den einzelnen Interessenkonflikten lediglich „Einzelwertungen“ gewinnen und ist in der Folge für eine (innere) Systembildung ungeeignet.<sup>51</sup> Die Wertungsanalogie geht mit dem methodologischen Ansatz der Wertungsjurisprudenz einen Schritt weiter und zielt darauf ab, die der Interessenbewertung zugrunde liegenden Wertungsmaßstäbe bereitzustellen<sup>52</sup>; mithin zu erklären, „warum“ die Interessenbewertung getroffen wurde.

### a) Der Begriff der Interessen

Der Begriff der Interessen ist angesichts seiner Bedeutung für die Analyse näher zu umreißen. Auf eine konsentrierte Definition kann hierfür nicht zurückgegriffen werden, denn der Begriff der Interessen wird nicht nur allgemeinsprachlich stark divergierend gebraucht,<sup>53</sup> sondern auch in seiner Funktion als Bewertungsgegenstand gesetzgeberischer oder rechtsanwendender Wertungsentscheidungen.<sup>54</sup> Zahlreiche Untersuchungen attestieren dem „Interesse“ in der Folge eine erhebliche Unschärfe.<sup>55</sup> Vor diesem Hintergrund beschränkt sich die hier getroffene Definition

<sup>49</sup> Zu den Begriffen etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2011, S. 113 ff., 123 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 128 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 574 ff.

<sup>50</sup> S. dazu allgemein *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, S. 228 ff. Als Vertreter der Interessenjurisprudenz *Stoll*, FG Heck, Rümelin und Schmidt, 1931, S. 60, 64 ff. Auf Basis der Wertungsjurisprudenz *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2011, S. 128; *Grigoleit*, FS Canaris II, 2017, S. 241, 264 („[E]ine akribische Interessenanalyse [ist] der Schlüssel zu einer präzisen Herausarbeitung derjenigen Zweckwürdigung, welche der gesetzgeberischen Wertungsentscheidung zugrunde liegt.“); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 181; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 531 f. (S. 346 f.).

<sup>51</sup> S. etwa *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 35 f.; *Coing*, JZ 1951, 481, 484; *Oertmann*, Interesse und Begriff, 1931, S. 40.

<sup>52</sup> Anschaulich dargelegt wird dieser Unterschied bei *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 36 ff.

<sup>53</sup> S. nur <https://www.duden.de/rechtschreibung/Interesse>.

<sup>54</sup> S. dazu die unterschiedlichen Deutungsansätze nachfolgend im Text.

<sup>55</sup> *Grigoleit*, FS Canaris II, 2017, S. 241, 264 Fn. 76 („Abgrenzung zwischen Interesse und Zweck nicht immer ganz trennscharf“); *Larenz*, FS Klingmüller, 1974, S. 235, 236 („nicht eindeutig“); *E. Meyer*, Wertungsjurisprudenz, 1984, S. 22 („unscharf und mehrdeutig“); *Wetzel*, ZStW 58 (1939), 491, 509 („begrifflich über alles einen Schleier des Halbdunkels [...] legen“); zusammenfassend *Dombek*, Tübinger Schule, 1969, S. 19 ff.

auf einen Arbeitsbegriff für die weitere Untersuchung. Sie ist durch einen Blick auf bisherige Erklärungsansätze zu gewinnen:

aa) Lehren aus den Ansätzen von Heck und Stoll

*Heck* nähert sich als der wohl bedeutendste Vertreter sowie Begründer der genetischen Interessenjurisprudenz<sup>56</sup> dem Interessenbegriff über seine allgemeinsprachliche Verwendungsweise. In dieser sieht er Interessen<sup>57</sup> als „diejenige Bedeutung, die Lebensgüter für die Menschen haben und daher das Begehren nach Lebensgütern“<sup>58</sup>. Lebensgüter versteht *Heck* dabei denkbar weit und zählt so neben Vermögensgüter unter anderem auch ethische sowie religiöse Güter, Sittlichkeits- und Gerechtigkeitsgüter dazu.<sup>59</sup> Je nachdem, wer der Urheber dieser Begehren ist, würden sich die Interessen als Einzel- oder Gruppeninteressen, Interessen der Öffentlichkeit oder gar der Menschheit darstellen.<sup>60</sup> Schließlich müsse das Begehren nicht aktuell – d. h. in aktiver, bewusster Form – verspürt werden, sondern es reiche die „latente [...] Begehrendisposition“<sup>61</sup> aus. Den juristischen Interessenbegriff setzt *Heck* seiner allgemeinsprachlichen Verwendung explizit gleich.<sup>62</sup> Im Versuch, den Begriff trotz dessen Weite für die Methodenlehre handhabbar zu machen, kategorisiert er sodann die unüberschaubare Fülle an möglichen „Begehrendispositionen“.

So unterteilt *Heck* etwa in „legislative Interessen“, „reale Interessen“, <sup>63</sup> „Gesamtinteressen der Gemeinschaft“, diesen gleichgesetzte „Entscheidungsinteressen“<sup>64</sup> und „objektive Interessen“ als Ursachen von Interessen<sup>65</sup>.

*Heck* verwendet den Begriff der Interessen somit als umfassenden Sammelbegriff<sup>66</sup> für alle im Rahmen der Normschöpfung und Rechtsanwendung kausalen<sup>67</sup>

<sup>56</sup> Zur selbst gewählten Bezeichnung „genetische Interessentheorie“ *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 30, 72; zudem *Dombek*, Tübinger Schule, 1969, S. 19 f.

<sup>57</sup> Gleichbedeutend sieht er das Wort „Belange“, *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 37.

<sup>58</sup> *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 36 f.

<sup>59</sup> *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 37; *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung (in der Textsammlung Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts), 1968, S. 9, 33.

<sup>60</sup> *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 37.

<sup>61</sup> *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 37.

<sup>62</sup> *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 38 f.; dies für die Interessenjurisprudenz insgesamt behauptend *ders.*, Das Problem der Rechtsgewinnung (in der Textsammlung Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts), 1968, S. 9, 34.

<sup>63</sup> *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 60.

<sup>64</sup> Vgl. *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 232 Anm. 357.

<sup>65</sup> Vgl. *Heck*, Begriffsbildung, 1932, S. 37.

<sup>66</sup> So bereits die Beschreibung von *Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe, 2001, S. 81.

<sup>67</sup> Daher auch die Bezeichnung „genetische Interessentheorie“.

Faktoren.<sup>68</sup> Es liegt auf der Hand, dass sich der „alles in einen Topf werfende“ Begriff von *Heck* nicht als Grundlage für eine funktionale Methode der Rechtsanwendung bzw. -fortbildung eignet. Aus den Schwächen seiner Begriffsbildung konnten jedoch Lehren gezogen werden: Eine grundlegende Schwäche besteht darin, dass Faktoren wie Rechtssicherheit, Verkehrsschutz, Veranlassung, Prozessökonomie etc. als „Gemeinschaftsinteressen“ bezeichnet werden;<sup>69</sup> was auch im heutigen juristischen Sprachgebrauch mit den öffentlichen Interessen durchaus üblich ist. Denn durch die Bezeichnung als Interessen und der damit einhergehenden terminologischen Gleichstellung mit den Individualinteressen der Rechtssubjekte wird nahegelegt, dass die öffentlichen Interessen auf gleicher Stufe wie Individualinteressen miteinander abgewogen und so ebenfalls den primären Gegenstand der gesetzgeberischen Interessenabwägung darstellen würden. Das zeichnet allerdings ein falsches Bild, denn das Verhältnis zwischen Individualinteressen und den als „öffentliche Interessen“ oder „Gemeinschaftsinteressen“ bezeichneten Faktoren ist das von *Bewertungsobjekt* zu *Bewertungsmaßstab*.<sup>70</sup> Interessen sind als Objekt gesetzgeberischer Abwägung mithin allein die Individualinteressen.<sup>71</sup> Da es heute weit verbreitet ist, sollen Wertungsmaßstäbe wie die Prozessökonomie etc. in dieser Arbeit (im Bewusstsein des obigen Unterschieds) gleichwohl als „öffentliche Interessen“ bezeichnet werden.

Eine weitere Schwäche liegt darin, dass Interessen durch die Gleichstellung mit der allgemeinsprachlichen Verwendungsweise als *subjektives Begehren* verstanden werden. Dieser Zuschnitt ist für Interessen *als Gegenstand gesetzgeberischer Abwägungsentscheidungen* ungeeignet. Denn die Auswahl der abzuwägenden Interessen<sup>72</sup> erfolgt keineswegs durch eine empirische Suche nach dem, was einzelne oder eine wie auch immer bestimmte Anzahl von Rechtssubjekten begehren. Stattdessen ist bereits die Auswahl der abzuwägenden Interessen ein wertender Akt:<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Schoppmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe, 2001, S. 81 f.

<sup>69</sup> Folgend Stoll, FG Heck, Rümelin und Schmidt, 1931, S. 60 ff.; Rümelin, Die Rechtssicherheit, 1924 *passim*, insbesondere S. 21 ff.

<sup>70</sup> Heute allgemeine Auffassung, vgl. Auer, ZEuP 2008, 517, 522; Dombek, Tübinger Schule, 1969, S. 21 f.; Henkel, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 318 f.; Kaufmann, FS Gallas, 1973, S. 7, 11; Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1968, S. 16 f.; E. Meyer, Wertungsjurisprudenz, 1984, S. 26; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 52 f.; Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, S. 277; Schoppmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe, 2001, S. 266; Westermann, Richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 15; a. A. aber scheinbar Hubmann, AcP 155 (1956), 85, 98.

<sup>71</sup> So aus einem „methodisch-funktionalen“ Blickwinkel heraus ebenfalls E. Meyer, Wertungsjurisprudenz, 1984, S. 33; zudem Henkel, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 318 f.; Westermann, Richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 17; in strafrechtlichem Kontext Hegler, ZStW 36 (1915), 19, 20 f. Anm. 4; wohl auch Fikentscher, Bd. 3, 1976, S. 387.

<sup>72</sup> S. zur gesetzgeberischen Interessenabwägung etwa Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 41; Heck, AcP 112 (1914), 1, 17 f.; Hubmann, AcP 155 (1956), 85, 86.

<sup>73</sup> So allgemein bzgl. der Auswahl des Abwägungsmaterials im Rahmen einer rationalen Abwägung Riehm, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 61.

Der Gesetzgeber stellt in die Abwägung nur ein, was nach seiner eigenen Bewertung *typischerweise* begehrt wird. Dabei mag er sich mitunter auf eine – zumindest vermutete – empirische Grundlage stützen. Am wertenden Charakter der Auswahl ändert dies jedoch nichts. Interessen sind als Gegenstand der gesetzgeberischen Interessenbewertung daher stets *typisiert*<sup>74</sup> und – als Folge der Typisierung – objektiv zu verstehen.

bb) Boehmer – zum Merkmal der „Schutzwürdigkeit“

*Boehmer* weist, indem er Interessen als „wertbetonte[...] und schutzwürdige[...] Lebensgüter“<sup>75</sup> beschreibt, auf ein Merkmal des Interessenbegriffs hin, dass untrennbar mit seiner Typisierung verbunden ist: Durch eine wertende Auswahl stellt der Gesetzgeber nur solche Interessen überhaupt in die Abwägung ein, die er *an und für sich* als schutzwürdig erachtet. Der Rechtsanwender bzw. -fortbilder ist an diese vorweggenommene Bewertung gebunden. Für die hier verfolgte Rechtsfortbildung genügt daher, nur die typisierten Begehrensvorstellungen zu berücksichtigen, die der gesetzgeberischen Wertungsentscheidung zugrunde liegen.<sup>76</sup>

cc) H. Westermann – zur Ausrichtung der Interessen auf eine „Rechtslage“

*H. Westermann* versteht Interessen als die „Begehrensvorstellungen, die die Beteiligten verfolgen müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtslage anstreben“<sup>77</sup> und meint damit, dass sich Interessen auf *eine konkrete Rechtsfolge* – also eine konkrete rechtliche Konstruktion – beziehen würden.<sup>78</sup> Als Grundlage für eine Rechtsfortbildung ist dieser Zuschnitt zu eng:<sup>79</sup> Denn Rechtsfolgenanordnungen

<sup>74</sup> *Kantorowicz*, Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentages 1910, 1969 (Publikationsjahr), S. 275, 293; *Larenz*, FS Klingmüller, 1974, S. 235, 236 f.; *Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, 1932, S. 56; zudem *Morgenroth*, Interesse als Einflussfaktor im Rahmen der Sportvermarktung, 2010, S. 56; im Anschluss an diesen *Isman*, Das Interesse in der Mediation, 2016, S. 22.

<sup>75</sup> *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II, 1951, S. 195.

<sup>76</sup> Ähnlich *Morgenroth*, Interesse als Einflussfaktor im Rahmen der Sportvermarktung, 2010, S. 69 f.

<sup>77</sup> *Westermann*, Richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 14.

<sup>78</sup> Das zeigt sich etwa in den Beispielen von „Wünschen“ nach einem Anspruch gegen den Schuldner oder dem Freiwerden von einer Pflicht (vgl. *Westermann*, Richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 14). Wie hier auch die Deutung von *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1968, S. 13; *Morgenroth*, Interesse als Einflussfaktor im Rahmen der Sportvermarktung, 2010, S. 67.

<sup>79</sup> So auch *Morgenroth*, Interesse als Einflussfaktor im Rahmen der Sportvermarktung, 2010, S. 67 f.; zudem *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1968, S. 13. Es sei darauf hingewiesen, dass *H. Westermann* seinen Interessenbegriff vor dem Hintergrund des Gegenstands seiner Abhandlung über die „richterliche Streitentscheidung“ entwickelt – und damit im Kontext der Rechtsanwendung. Für diese kann man den Interessen-

sind gerade erst das Produkt der gesetzgeberischen Interessenbewertung – das Vehikel, mit dem den jeweiligen Interessen ihr Schutz verliehen wird. Die Interessen stellen demgegenüber den Gegenstand der Bewertung dar. Es liefe der gedanklichen Struktur der Abwägung daher zuwider, bereits die Interessen auf eine konkrete rechtliche Konstruktion hin ausgerichtet zu betrachten.

So ist also nicht etwa vom „Interesse an einer Interventionswirkung“ oder dem „Interesse am Beitritt des Dritten als Nebenintervenient“ zu sprechen, sondern losgelöst von einer konkreten rechtlichen Konstruktion allgemein etwa vom „Interesse an der Unterstützung durch den Dritten“ oder vom „Interesse an der Freistellung vom Risiko widersprüchlicher Feststellungen“.

Die Bezeichnung, dass sich Interessen auf eine bestimmte *Rechtslage* beziehen, eignet sich jedoch gerade vor diesem Hintergrund gut, wenn man eine Rechtslage als von konkreten Rechtsfolgen und der dogmatischen Einordnung losgelöst versteht.

#### dd) Der Arbeitsbegriff dieser Untersuchung

Damit ergibt sich folgender Arbeitsbegriff: Interessen sind die typisierten, auf eine Rechtslage hin ausgerichteten Begehrensvorstellungen der Rechtssubjekte, die der gesetzgeberischen Wertungsentscheidung zugrunde liegen.

#### b) Die verbal-kardinale Angabe der Interessenbewertung

Die Analyse einer gesetzgeberischen Interessenbewertung ist mit Unsicherheit verbunden.<sup>80</sup> Denn die einzelnen Schritte der Abwägung<sup>81</sup> sind Interna der gesetzgeberischen Überzeugungsbildung, die kaum je explizit gemacht sein werden. Eingenommen sicher feststellen lässt sich daher allein das in der Rechtsnorm bzw. dem Rechtsnormenkomplex manifestierte Verhältnis der abgewogenen Interessen zueinander und daraus im Groben eine Bewertung für das jeweilige Interesse ableiten. Die Untersuchung muss sich daher darauf beschränken, das Verhältnis der abgewogenen Interessen zueinander herauszuarbeiten sowie eine Einschätzung darüber abzugeben, wie stark/schwach das jeweilige Interesse – auf einer Skala von „kein Interessenschutz“ bis zu „absoluter Interessenschutz“ – für sich genommen geschützt wird.

Wie *Riehm* gezeigt hat, ist eine (juristische) Abwägung allerdings kein mathematischer Rechenvorgang, sondern selbst ein *wertender* Akt, dessen Ergebnis sich

---

begriff ohne Bruch mit der dortigen Funktion der Interessen auf die konkreten gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen konkretisieren.

<sup>80</sup> *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 182.

<sup>81</sup> S. zu den einzelnen Schritten einer rationalen Abwägung, wie sie auch die gesetzgeberische Interessenabwägung ist, eingehend *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 57 ff.



regelmäßig nicht nach objektiven Gesichtspunkten ermitteln lässt.<sup>82</sup> Eine juristische Abwägung unterliegt so zu einem erheblichen Teil der subjektiven Überzeugung des Abwägenden.<sup>83</sup> Jegliche Mathematisierung oder Vornahme der Abwägung anhand einer Kardinalskala mit absoluten, endlichen Bewertungsmöglichkeiten sähe sich daher notwendigerweise dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt: Der Abwägende könnte den Rechenvorgang bzw. die verwendete Skala nicht rational begründen und würde seine eigene subjektive Überzeugung in eine Scheinrationalität kleiden.<sup>84</sup> Daraus folgt für diese Untersuchung: Ebenso wenig wie die Abwägung selbst, kann umgekehrt deren Analyse mathematisch oder sonst anhand einer Bewertungsskala mit absoluten, endlichen Werten vorgenommen werden. Diese Arbeit beschränkt sich daher darauf, 1) das Verhältnis der abgewogenen Interessen zueinander ordinal herauszuarbeiten („Interesse X wird höher gewichtet als Interesse Y“) und dabei den Abstand, mit dem das jeweilige Interesse das andere überwiegt, verbal-kardinal anzugeben („Interesse X überwiegt Interesse Y deutlich“ oder „Interesse X überwiegt Interesse Y nur knapp“); sowie 2) eine Einschätzung zum Schutz des jeweiligen Interesses auf der Skala von „kein Interessenschutz“ bis zu „absoluter Interessenschutz“ verbal-kardinal anzugeben („Interesse X ist nur schwach geschützt“, „Interesse Y ist stark geschützt“). In beiden Fällen liegt der verbal-kardinalen Beschreibung allerdings *nicht* eine Skala mit endlichen Einordnungsmöglichkeiten zugrunde. Die verbal-kardinalen Beschreibung dient allein dazu, das Verhältnis der Interessen zueinander sowie den individuellen Schutz des jeweiligen Interesses besser einordnen zu können.

An einem Beispiel: Die Untersuchung wird zeigen, dass das Interesse der Hauptpartei an Autonomie in ihrer Prozessführung (unbedingt) höher gewichtet wird als das Interesse des Dritten daran, sich im Primärprozess proaktiven Rechtsschutz verschaffen zu können. Da die Hauptpartei den Dritten in den Konstellationen der einfachen Nebenintervention zudem faktisch vollständig, lediglich nicht durch antizipierten Generalwiderspruch, von der Prozessführung ausschließen kann, erscheint das Interesse des Dritten für sich genommen insgesamt nahezu nicht geschützt.<sup>85</sup>

### *c) Präzisierung der aufgefundenen Interessenbewertung durch einen Rechtsvergleich*

An einigen Stellen wird die aufgefundene Interessenbewertung, um sie besser einordnen zu können, zudem mit derjenigen im österreichischen bzw. schweizerischen Recht verglichen. Diese eignen sich gut für einen Vergleich, da in beiden Rechtsordnungen eine ähnliche Struktur zivilprozessualer Streitbeilegung und insoweit eine vergleichbare Interessenlage bzgl. einer Drittbeteiligung besteht:

<sup>82</sup> Riehm, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 77 (Gesamtfazit), 69 ff. (Herleitung).

<sup>83</sup> Riehm, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 77 ff.

<sup>84</sup> Riehm, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 72 f.

<sup>85</sup> S. dazu unten § 3 III. 2. c) (S. 115 ff.).



Auch der österreichische Zivilprozess ist dem Zweiparteiprinzip unterworfen.<sup>86</sup> Grundsätzlich identisch ist zudem der Umfang der materiellen Rechtskraft (§ 411 öZPO), die objektiv auf den Urteilsspruch auf Basis von Antrag und Lebenssachverhalt<sup>87</sup> und subjektiv grundsätzlich auf eine Wirkung *inter partes* beschränkt ist (vgl. den Gedanken von § 12 ABGB). Schließlich sind Richter nach Art. 87 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes („B-VG“) jenseits der Rechtskraft nicht daran gehindert, von anderen Spruchkörpern abweichende Feststellung zu treffen. Der Rechtsvergleich zu Österreich eignet sich besonders dafür, besseres Gespür für die Feinheiten der Interessenbewertung zu erlangen, da die österreichischen Drittbeteiligungsinstitute denjenigen der deutschen Rechtsordnung sehr ähnlich sind.

Der schweizerische Zivilprozess wird seit dem 1. Januar 2011 durch die Schweizerische Zivilprozessordnung<sup>88</sup> („chZPO“) vereinheitlicht auf Bundesebene geregelt. Die chZPO löst damit die Prozessordnungen der 26 Kantone ab und regelt den Zivilprozess für Verfahren vor kantonalen Instanzen grundsätzlich abschließend.<sup>89</sup> Für Verfahren vor dem Bundesgericht gilt seit dem 1. Januar 2007 das Bundesgesetz über das Bundesgericht<sup>90</sup> („BGG“) als vollständig abschließende Rechtsquelle. Auch der schweizerische Zivilprozess ist grundsätzlich als reiner Zweiparteiprozess konzipiert.<sup>91</sup> Nahezu identisch ist zudem der Umfang der materiellen Rechtskraft<sup>92</sup>: Objektiv ist die Rechtskraft beschränkt auf den Entscheidungsausspruch (das sog. „Dispositiv“, vgl. Art. 238 lit. d) chZPO), der sich auf den ebenfalls zweigliedrig (str.<sup>93</sup>) durch Antrag und Lebenssachverhalt gebildeten Streitgegenstand bezieht.<sup>94</sup> Subjektiv erfasst

<sup>86</sup> *Fasching*, ZPR Österreich, 2. Aufl. 1990, Rn. 329; *Rechberger/Simotta*, ZPR Österreich, 9. Aufl. 2017, Rn. 298.

<sup>87</sup> S. statt vieler OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60; *Fasching*, ZPR Österreich, 2. Aufl. 1990, Rn. 1514 ff.; *Strohmayr*, Urteilswirkungen, 2001, S. 25 ff.

<sup>88</sup> Vom 19. Dezember 2008, AS 2010 1739.

<sup>89</sup> S. Botschaft chZPO BBl 2006 7221, S. 7222. In der Zuständigkeit der Kantone bleibt die kantonale Gerichtsorganisation (Art. 3 chZPO), in der Folge die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 1 chZPO) sowie die Tarifoheit für die Prozesskosten (Art. 96 chZPO).

<sup>90</sup> Vom 17. Juni 2005, AS 2006 1205.

<sup>91</sup> S. statt vieler *Schwander*, ZZZ 2007, 353, 354; *P. Fischer/J. Lieder*, ZZPInt 16 (2011), 219, 220; zum Recht vor Inkrafttreten der chZPO bereits *Habscheid*, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 1990, Rn. 17 ff.

<sup>92</sup> Die (materielle) Rechtskraft wird von der chZPO nicht ausdrücklich normiert. Hinweise auf sie finden sich jedoch etwa in Art. 59 Abs. 2 lit. e) über die *res iudicata* als negative Prozessvoraussetzung sowie in Art. 238 lit. d) über die Urteilsformel als Inhalt des Entscheids.

<sup>93</sup> Der Bezugspunkt des Streitgegenstands ist in der schweizerischen Wissenschaft stark umstritten. Vorherrschend ist der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff, so vor allem die neuere Rechtsprechung des BG, BGE 121 III 474, Rn. 4a; BGE 139 III 126, Rn. 3.1; s. zudem *Sutter-Somm*, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, Rn. 461, 479. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt im Anwendungsfeld des LugÜ sowie des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 AS 1988 1776 („IPRG“) jedoch die Tendenz, im Sinne eines dreigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs noch den jeweiligen Rechtsgrund mit einzubeziehen, vgl. m. w. N. aus der Rspr. *ders.*, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, Rn. 490.

<sup>94</sup> S. BGE 121 III 474, Rn. 4a; *Sutter-Somm*, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, Rn. 521; *BaslerKo-chZPO/Steck/Brunner*, Art. 236 Rn. 35.

die Rechtskraft grundsätzlich nur das Verhältnis *inter partes*.<sup>95</sup> Schließlich sind durch die Unabhängigkeit der Richter nach Art. 191c der Bundesverfassung<sup>96</sup> („chBV“), die auch eine freie Beurteilung ohne Bindung an Würdigungen anderer Spruchkörper umfasst,<sup>97</sup> sich widersprechende Feststellungen konstitutionell angelegt. Die Schweizer Rechtsordnung eröffnet mit der vergleichsweise jungen Kodifikation der chZPO einen äußerst lebhaften Diskurs und trifft mit der Streitverkündungsklage (Art. 81 f. chZPO) nach Vorbild des romanischen Rechtskreises eine Interessenbewertung, die von der deutschen deutlich abweicht.

## 2. Die für die Interessenbewertung maßgeblichen Wertungen

Die nach dem vorstehenden Schritt aufgefundene Interessenbewertung ist allerdings naturgemäß eine nur für den deutschen staatlichen Zivilprozess getroffene und insofern eine „Einzelwertung“. Ihre Analyse allein befähigt daher noch nicht zur Beurteilung darüber, ob ein entsprechender oder abgewandelter Interessenschutz rechtsfortbildend auch im deutschen Schiedsverfahrensrecht gewährt werden sollte.<sup>98</sup> Nötig ist hierfür, im nächsten Schritt diejenigen Wertungsmaßstäbe (Rechtsprinzipien und öffentliche Interessen sowie Konkretisierungen aus diesen) herauszuarbeiten, die maßgeblich für die insbesondere mit den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO getroffene Interessenbewertung sind (d. h. das „warum“).

An einem Beispiel zur Streitverkündung: Wie sich zeigen wird, ist die Bindungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO primär Ausdruck der Bewertung, dass die Hauptpartei schutzwürdig darin ist, vom Risiko bestimmter widersprüchlicher Feststellungen freigestellt zu werden.<sup>99</sup> Nach § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO – *ex negativo* – besteht die Bindungswirkung aber selbst dann, wenn der Dritte die Hauptpartei optimal unterstützt und die Hauptpartei den Primärprozess (nicht grob) mangelhaft führt. Dies lässt sich mit dem Schutz der Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung vom Risiko widersprüchlicher Feststellungen und dem auch hinter § 68 ZPO stehenden Verantwortlichkeitsprinzip nicht mehr erklären (und das heißt auch: nicht mehr legitimieren).<sup>100</sup> Es ist daher zu untersuchen, auf welche Wertung die Bindungswirkung insoweit zurückgeht.<sup>101</sup>

Das Verhältnis zwischen grundlegenden Wertungen und der gesetzgeberischen Interessenbewertung ist äußerst komplex, bislang nur zum Teil geklärt und Gegenstand eines schon seit langer Zeit geführten Diskurses, der sich in den letzten Jahrzehnten vor allem auf die Rechtsprinzipien fokussiert hat. Im Folgenden sollen

<sup>95</sup> Vgl. BGE 57 II 518, 521; Markus/Wuffli, ZBJV 151 (2015), 75, 84. A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 2013, S. 467 f.

<sup>96</sup> Vom 18. April 1999, AS 1999 2556.

<sup>97</sup> S. statt vieler Biaggini, OFK-chBV, 2. Aufl. 2017, Art. 191c Rn. 3; St. GallerKo-chBV/Steinmann, Art. 191c Rn. 4.

<sup>98</sup> S. dazu allgemein zur Rechtsfortbildung Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II, 1951, S. 203; Canaris, System, 2. Aufl. 1983, S. 35 f.; Hubmann, AcP 155 (1956), 85, 91; Oertmann, Interesse und Begriff, 1931, S. 40.

<sup>99</sup> S. dazu unten § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>100</sup> S. dazu unten § 3 I. 4. b) (S. 96 ff.).

<sup>101</sup> S. dazu unten § 3 I. 4. c) (S. 99 ff.).

demgegenüber nur einige Erkenntnisse hervorgehoben werden, die der Diskurs bisher hervorgebracht hat und die im Rahmen der Wertungsanalogie zu beachten sind:

Über die Funktion der Rechtsprinzipien ist man sich im Ausgangspunkt weitgehend einig: Nach *Larenz* sind Rechtsprinzipien „leitende Gedanken einer (möglichen oder bestehenden) rechtlichen Regelung, die selbst noch keine der ‚Anwendung‘ fähige Regel sind, aber in solche umgesetzt werden können“<sup>102</sup>; nach *Esser* „Grund, Kriterium und Rechtfertigung der Weisung“<sup>103</sup> und damit das Fundament der Entscheidungsfindung<sup>105</sup>; nach *Canaris* „tiefer liegende Grundwertungen“<sup>106</sup> einer Rechtsordnung; nach *Bydlinski* „umfassende Wertungen [...], die den Rechtsnormen, Normenkomplexen und ganzen Rechtsgebieten zugrundeliegen“<sup>107</sup>; nach *Alexy* „Normen [...], die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird [...]“<sup>108</sup> und nach *Sieckmann* „Normen, die bestimmte Ideale oder Ziele so weit wie möglich zu realisieren gebieten.“<sup>109</sup>

Zu den rechtsethischen<sup>110</sup> Prinzipien mit materiellem Gerechtigkeitsgehalt<sup>111</sup> zählen etwa das Prinzip der Privatautonomie, das Verkehrsschutz- und Vertrauensprinzip, die Rechtssicherheit, die Prozessökonomie, das Prinzip der Totalreparation im Schadensrecht, die Gefährdungshaftung oder das Risikoprinzip<sup>112</sup> sowie insgesamt die „Wertakzente“<sup>113</sup>, die die Verfassung mit ihrer Werteordnung aufstellt<sup>114</sup>.

<sup>102</sup> *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 23.

<sup>103</sup> Weisung verstanden als rechtliches Gebot oder Verbot.

<sup>104</sup> *Esser*, Grundsatz und Norm, 3. Aufl. 1974, S. 51 f.

<sup>105</sup> Diesen so verstehend auch *Ávila*, Rechtsprinzipien, 2011, S. 25.

<sup>106</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 46.

<sup>107</sup> *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2011, S. 14; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien, 1996, S. 50.

<sup>108</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 75.

<sup>109</sup> *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle, 1990, S. 141.

<sup>110</sup> Zu den rechtstechnischen Prinzipien ohne eigenen Gerechtigkeitsgehalt gehört etwa das Abstraktionsprinzip, s. nur *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 28.

<sup>111</sup> Zu dieser Eigenschaft der rechtsethischen Prinzipien *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 23 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 421.

<sup>112</sup> Vgl. für zahlreiche Beispiele die „Prinzipienliste“ bei *F. Bydlinski*, System und Prinzipien, 1996, nach S. 771.

<sup>113</sup> *Larenz*, FS Klingmüller, 1974, S. 235, 238; mit anderen Worten *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474.

<sup>114</sup> S. zur Wertrangordnung des Grundgesetzes nur BVerfGE 7, 198, 215; BVerfGE 27, 1, 6; BVerfGE 6, 32, 41; BVerfGE 32, 311, 316. Dazu, dass Rechtsprinzipien Eingang in die Verfassung finden können, *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 422; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 308. Rechtsprinzipien insgesamt als Verfassungsrecht auffassend *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. 2018, *passim*; tendenziell auch *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, 1951, S. 32; *Dreier*, FS Maihofer, 1988, S. 87, 97; *Esser*, Grundsatz und Norm, 3. Aufl. 1974, S. 71.

Anders als Rechtsnormen, können Rechtsprinzipien nicht „angewendet“, sondern lediglich „verwirklicht“ werden, indem sie sich in Einzelwertungen konkretisieren.<sup>115</sup> Rechtsprinzipien geben demnach als Grundwertungen der Rechtsordnung *eine Richtung für die* vom Gesetzgeber oder Rechtsanwender zu treffenden *Abwägungsentscheidungen* vor – sind mithin „Vor-Bewertungen“<sup>116</sup>. Die Maßgabe der Rechtsprinzipien für die gesetzgeberische Interessenbewertung kann daher nicht – auch nicht idealtypisch – als „Determination“ verstanden werden.<sup>117</sup> Eine gesetzgeberische Interessenbewertung ist immer auch selbst ein wertender Akt, eine Wertung.<sup>118</sup>

### 3. Die mögliche Fortbildung des Interessenschutzes in das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO

Nachdem die vorgenannten Schritte dazu vorbereitet haben, kann nun beurteilt werden, ob sich eine arbitrale Streitverkündungswirkung bzw. eine (eigeninitiativ) Nebenintervention des Dritten im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung oder Zustimmung der jeweils negativ betroffenen Verfahrensbeteiligten) wertungsmäßig legitimieren lässt. Hierzu ist die zum staatlichen Zivilprozess aufgefundene Bewertung der Interessen an einer Drittbeteiligung der im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO herrschenden Wertungslage gegenüberzustellen und so zunächst zu untersuchen, ob schiedsverfahrensspezifische und sonstige von einer Drittbeteiligung berührte Wertungen einer arbitralen Streitverkündungswirkung bzw. einer (eigeninitiativ) Intervention des Dritten generell entgegenstehen.

Kann etwa die Beschränkung der Privatautonomie des Dritten gerechtfertigt werden, die damit einhergehen würde, ihm teilweise ein nicht gewähltes Schiedsverfahren aufzudrängen?<sup>119</sup> Steht andersherum die Autonomie des Verfahrensgegners und/oder der Schiedsrichter einem

<sup>115</sup> *Canaris*, System, 2. Aufl. 1983, S. 57; *Esser*, Grundsatz und Norm, 3. Aufl. 1974, S. 50 f.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 139; *Penski*, JZ 1983, 105, 111; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16; trotz der Bezeichnung als „abstrakteste Form einer Norm“ im Ergebnis ebenso *Grigoleit*, FS Canaris II, 2017, S. 241, 265 ff.; nicht anders auch *Ávila*, Rechtsprinzipien, 2011, S. 80 ff.; *Michael*, JöR 48 (2000), 169, 190 f.

<sup>116</sup> *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 23 („Vor-Entscheidungen“); *Ávila*, Rechtsprinzipien, 2011, S. 81 f. („objektive Wertentscheidungen mit erläuternder Funktion“); *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16 („Richtung weisen“).

<sup>117</sup> S. statt vieler *F. Bydlinski*, System und Prinzipien, 1996, S. 37 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 477 f.; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 6 ff.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16; *Weinberger*, Norm und Institution, 1988, S. 96.

<sup>118</sup> *F. Bydlinski*, System und Prinzipien, 1996, S. 37 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 477 f.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 16; *Weinberger*, Norm und Institution, 1988, S. 96.

<sup>119</sup> S. dazu unten § 4 I. 2. (S. 139 ff.).

Verfahrensbeitritt des Dritten entgegen?<sup>120</sup> Würde die Hauptpartei bereits durch die Verkündung des Streits (und also durch die Benachrichtigung des Dritten vom Primärprozess) eine mögliche Verpflichtung zur Vertraulichkeit verletzen?<sup>121</sup> Würde eine streitverkündungsbedingte Bindung des Dritten an Feststellungen des Schiedsgerichts diesem „seinen“ gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG oder seinen Justizgewähranspruch entziehen?<sup>122</sup>

Für diesen Analyseschritt ist das oben dargestellte Verständnis der Funktion der Rechtsgrundsätze und ihres Verhältnisses zur gesetzgeberischen Interessenabwägung wichtig. Denn die Antworten auf die vorstehenden Fragen richten sich – wie im Kern jede Rechtsfortbildung – danach, welche Interessenabwägung der Gesetzgeber für eine Drittbeteiligung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO – objektiv-teleologisch verstanden – getroffen hätte.<sup>123</sup> Schon *prima facie* ist klar, dass Streitverkündung und Nebenintervention nach Maßgabe schiedsverfahrensspezifischer Wertungen jedenfalls teilweise neugeformt werden müssen.

So erscheint die Neutralität des Spruchkörpers gefährdet, wenn und weil er ad personam von den Parteien des primären Schiedsverfahrens gewählt wird. Insofern wird zu untersuchen sein, ob und wenn ja, wie der Dritte an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen ist<sup>124</sup> und welche Konsequenzen dies etwa für die zeitlichen Grenzen der – im staatlichen Zivilprozess bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Primärprozess möglichen (§ 72 Abs. 1 ZPO) – Streitverkündung hätte<sup>125</sup>.

Soweit sich eine Streitverkündung und eine Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO nach alledem als gerechtfertigt und geboten herausstellen sollte, ist schließlich nach ihrer (dogmatischen) Konstruktion *de lege lata* zu fragen.<sup>126</sup>

---

<sup>120</sup> S. zur Autonomie des Verfahrensgegners unten § 4 I. 3. (S. 157 f.) und zu derjenigen der Schiedsrichter unten § 4 VII. (S. 213 ff.).

<sup>121</sup> S. dazu unten § 4 V. (S. 175 ff.).

<sup>122</sup> S. zur Garantie des gesetzlichen Richters unten § 4 VI. (S. 191 ff.) und zum Justizgewähranspruch unten § 4 II. (S. 162 ff.).

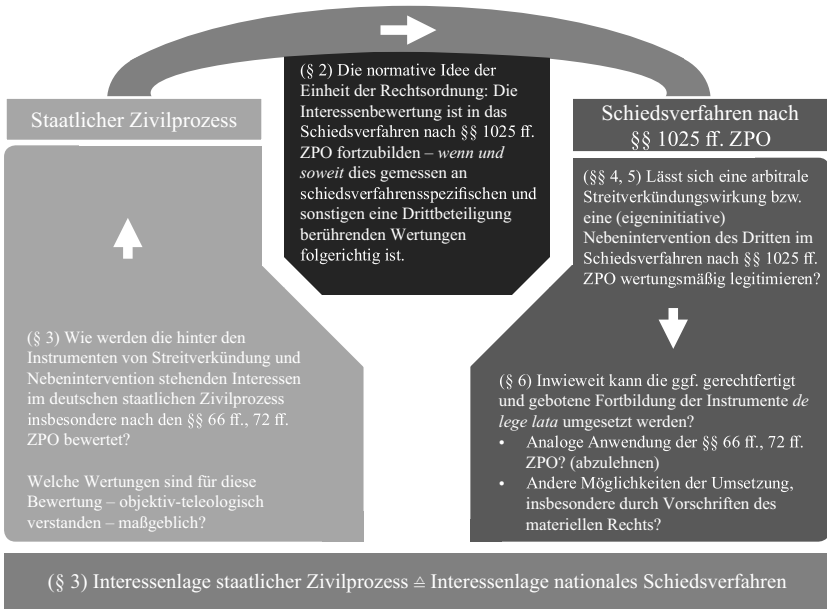
<sup>123</sup> Prägnant *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 181; zudem *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 94 ff.

<sup>124</sup> S. dazu unten § 4 VI. (S. 191 ff.).

<sup>125</sup> S. dazu unten § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>126</sup> S. dazu unten § 6 (S. 277 ff.).

#### 4. Grafische Darstellung der Wertungsanalogie



Die Schritte der Wertungsanalogie

### § 3 Streitverkündung und Nebenintervention im deutschen Zivilprozess

Der nachfolgende Paragraph legt das Fundament zur Beurteilung darüber, ob sich auch im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO legitimieren lässt, dass eine Streitverkündung ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung oder seine Zustimmung Wirkung entfaltet und andersherum der Dritte ohne Zustimmung der Verfahrensparteien intervenieren kann. Hierzu wird analysiert, welche Interessen insbesondere<sup>127</sup> den §§ 66 ff., 72 ff. ZPO zugrunde liegen, welche Bewertung diesen zukommt und welche Wertungen hierfür maßgeblich sind.<sup>128</sup> Diese Analyse ist notwendig, da bereits der wesentliche Inhalt der beiden

<sup>127</sup> Das Zivilprozessrecht kennt neben der Streitverkündung und der Nebenintervention noch einige weitere Instrumente zur Drittbeteiligung, die an den jeweils relevanten Stellen mit in die Untersuchung einbezogen werden.

<sup>128</sup> S. zur Bedeutung dieser Untersuchung für die Frage nach der Legitimation einer unfreiwilligen Drittbeteiligung im Schiedsverfahren oben § 2 III. 1. (S. 41 f.) und § 2 III. 2. (S. 49 ff.).

Instrumente, ganz besonders der Streitverkündung, umstritten ist: In welchen Konstellationen soll die Streitverkündung vor widersprüchlichen Feststellungen schützen? Wie weit soll ein eröffneter Schutz reichen? Wem soll der Schutz zukommen? Und wie sind die streitverkündungs- und interventionsbedingten Mehrkosten zu verteilen? All dies bedarf näherer Festlegung, um das Fundament für die Fortbildung der Instrumente in die Schiedsgerichtsbarkeit zu errichten.

## **I. Der Schutz der Hauptpartei vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust**

Die Streitverkündung zielt im Ausgangspunkt anerkanntermaßen primär darauf ab, durch die Bindungswirkung nach § 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO vor dem Risiko zu schützen, dass das Gericht im Sekundärprozess abweichend von den primärgerichtlichen Feststellungen über einen Lebenssachverhalt entscheidet, obwohl dies der materiellrechtlichen Lage und/oder Tatsachenlage widerspricht (z. B., weil eine streitgegenständliche Sache möglicherweise in beiden Prozessen nur einheitlich als mangelfrei oder mangelhaft festgestellt werden kann). Der Schutz ist jedoch weiter zuzuschneiden.

### **1. Die Interessenlage**

Hierzu ist zunächst in die zugrunde liegende Interessenlage einzuführen:

#### *a) Das allgemeine Risiko widersprüchlicher Feststellungen*

Das Risiko widersprüchlicher Feststellungen folgt aus der Struktur der zivilprozessualen Streitbeilegung und besteht grundsätzlich immer dann, wenn ein Sachverhaltselement in zwei (oder mehr) Prozessen entscheidungserheblich ist und uneinheitliche Feststellungen über dieses der materiellrechtlichen Lage widersprechen würden. Die Rechtskraft schützt hiervon nur in engen Grenzen, denn sie ist grundsätzlich auf die Wirkung gegenüber den Parteien (vgl. §§ 325–327 ZPO) und gegenständlich auf die vom Gericht getroffene Entscheidung über den Streitgegenstand beschränkt, d. h. auf den Rechtsfolgenausspruch (vgl. § 322 Abs. 1 ZPO).<sup>129</sup> Jenseits dieser Grenzen ist der zur Entscheidung berufene Spruchkörper jedoch darin frei, seine Überzeugung unabhängig von (früheren) Feststellungen

---

<sup>129</sup> S. statt vieler BGH NJW 2008, 2922 Rn. 22; BGH NJW 1995, 2993 Rn. 6; BGH NJW 1993, 3204, 3205; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 154 Rn. 7 u. 9; MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 86. Spezifisch zum Zusammenhang zwischen dem Risiko widersprüchlicher Feststellungen und der beschränkten Rechtskraftwirkung im Kontext der Drittbeteiligungsinstitute etwa *Eibner*, JurBüro 1988, 150, 151 f.; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 181 f.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 119.

anderer Spruchkörper zu bilden (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG).<sup>130</sup> Uneinheitliche Feststellungen sind in der Rechtspflege mithin konstitutionell angelegt;<sup>131</sup> sie widersprechen daher auch nicht dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>132</sup>

Das Risiko erfasst alle Stufen der Rechtsanwendung<sup>133</sup>: abstrakte Rechtsfragen im Sinne der Auslegung und Konkretisierung von Rechtsnormen, die Tatsachenermittlung im Sinne der Beweiswürdigung sowie die Subsumtion im Sinne der rechtlichen Einzelfallbewertung durch den Abgleich des Einzelfalls mit dem Tatbestand. Das Risiko ist aber naturgemäß gering, wenn die entscheidenden Spruchkörper in beiden Prozessen dieselben (d. h. von denselben Personen besetzt) sind.<sup>134</sup> Es kann daher weitgehend ausgeschlossen werden, soweit die betroffenen Feststellungen in beiden Prozessen der revisionsrechtlichen Kontrolle und also der Letztentscheidung durch den Bundesgerichtshof unterliegen.<sup>135</sup> Dies betrifft zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sämtliche abstrakten Rechtsanwendungsfragen (vgl. §§ 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Alt. 3; 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO), sofern nicht bei einer Beschwer von weniger als 600 € das Amtsgericht die Berufung oder bei einer Beschwer von weniger als 20.000 € das Berufungsgericht die Revision fehlerhaft nicht zugelassen hat.<sup>136</sup> Allerdings verbleibt auch in diesem Fall ein gewisses „Restrisiko“, nämlich wenn die entscheidenden Senate unterschiedlich besetzt sind oder für den Primärprozess ein anderer Senat zuständig ist als für den Sekundärprozess.

Für alle weiteren Stufen der Rechtsanwendung droht der Partei beider Prozesse das Risiko widersprüchlicher Feststellungen hingegen selbst, wenn sie das Verfahren bestmöglich führt und alle ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ausnutzt. Denn gegen ein Urteil, das nur an einer unrichtigen rechtlichen Einzelfallbewertung oder Tatsachenfeststellung leidet, kann wegen § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO in der Regel schon nicht zulässigerweise Revision eingelegt werden (vgl. aber § 543

---

<sup>130</sup> S. etwa *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 51 f. in Fn. 83; Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, Art. 97 Rn. 48; Motive, S. 228 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 292; im Hinblick auf das Risiko sich widersprechender Feststellungen zudem *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 10 (dort als „Prozessrisiko“ bezeichnet); *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 119.

<sup>131</sup> BVerfGE 78, 123, 126; BVerfGE 87, 273, 278.

<sup>132</sup> Zur Gesetzesauslegung BVerfGE 87, 273, 279 ff.; BVerfG NJW 2005, 3345; Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, Art. 97 Rn. 48.

<sup>133</sup> S. zu den verschiedenen Stufen des praktischen Rechtsanwendungsprozesses *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 4.

<sup>134</sup> Abweichende Feststellungen sind jedoch möglich, wenn sich die Überzeugung der entscheidenden Personen in der Zeit zwischen Erst- und Zweitentscheidung geändert hat. S. dazu, dass die Änderung der richterlichen Überzeugung von Art. 97 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG gedeckt ist, BVerfGE 78, 123, 126; Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, Art. 97 Rn. 49.

<sup>135</sup> *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 10.

<sup>136</sup> *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 10 mit Fn. 30.



Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO<sup>137</sup>). Jedenfalls aber sind nach § 559 Abs. 2 ZPO weder die Tatsachenfeststellung im Sinne der Beweiswürdigung noch die rechtliche Einzelfallbewertung revisibel.<sup>138</sup>

Ist der Primärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO, besteht das Risiko widersprüchlicher Feststellungen ebenso und unabhängig davon, ob der Sekundärprozess ein staatlicher Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren ist. Denn die Rechtskraft des Schiedsspruchs ist (mindestens) gleich der eines staatlichen Gerichtsurteils beschränkt (vgl. § 1055 ZPO)<sup>139</sup> und die zur Entscheidung berufenen Schiedsrichter sind mangels entsprechender Anordnung – auf Art. 97 Abs. 1 GG kommt es insoweit nicht an – jenseits der Rechtskraft in ihrer Entscheidungsfindung genauso unabhängig wie staatliche Richter. Das Risiko ist sogar noch verschärft: hinsichtlich abstrakter Rechtsanwendungsfragen durch die nach § 1059 Abs. 2 ZPO beschränkte inhaltliche Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs<sup>140</sup> und allgemein dadurch, dass der Schiedsspruch möglicherweise auch für den Sekundärprozess der Geheimhaltung unterliegt und also dem Sekundärgericht (unabhängig davon, ob es sich um ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht handelt) ggf. gar nicht zur Kenntnis gebracht werden kann.

*b) Das besondere Risiko in mehrpoligen Mehrpersonenkonflikten:  
Der widersprüchliche doppelte Feststellungsverlust*

Das Risiko widersprüchlicher Feststellungen besteht bereits in Zweiparteienkonstellationen (man denke insbesondere an Teilklagen<sup>141</sup> sowie daran, dass das Risiko auch mit dem auf die Feststellung von *Rechtsverhältnissen* beschränkten Instrument der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO nicht vollständig beseitigt werden kann). Verwobene Mehrpersonenkonflikte sind von dem Risiko allerdings naturgemäß noch stärker betroffen, denn aufgrund der Zweipartei-

<sup>137</sup> Dieser Grund kann die Zulassung der Revision auch dann begründen, wenn der Rechtsstreit nicht von Rechts wegen über den Einzelfall Bedeutung hat, sondern bspw. nur wegen seines tatsächlichen (d. h. insbesondere gesellschaftlichen) sowie wirtschaftlichen Gewichts. S. dazu BGHZ 2, 396, 397; BGHZ 154, 288, 292; BGH NJW 2003, 65, 68.

<sup>138</sup> S. zur Tatsachenfeststellung MüKo-ZPO/Krüger, § 559 Rn. 9; zur Einzelfallbewertung aus der Rechtsprechung statt vieler BGH NJW 2004, 3413, 3415; eingehend *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 187 f., 234 ff.; *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 11 (spezifisch zum Risiko widersprüchlicher Feststellungen).

<sup>139</sup> *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2014, S. 88 f., 133 ff.; Stein/Jonas/Schlosser, § 1055 Rn. 28 ff.; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 11.

<sup>140</sup> Eingehend *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 11 f.

<sup>141</sup> Nach nahezu einhelliger Auffassung umfasst die Rechtskraft bei *stattgegebenen* Teilklagen (stärker umstritten ist die Frage bei abgewiesenen Teilklagen) aufgrund der klaren Anordnung in § 322 Abs. 1 ZPO („der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den [...] erhobenen Anspruch entschieden ist“) nur den erhobenen Teil, s. statt vieler BGHZ 34, 337; BGH NJW 1997, 3019, 3020; *Trommler*, Teilklage, 2018, S. 143 ff. (offene Teilklage), 147 ff. (verdeckte Teilklage).

enstruktur ist besonders wahrscheinlich, dass unterschiedliche Spruchkörper teilweise über denselben Lebenssachverhalt entscheiden müssen.

Vor allem aber hat das Risiko in verwobenen Mehrpersonenkonflikten eine andere, verschärfte *Qualität*: Das Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Verfahrensgegner kann mit dem Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten in der Weise verknüpft sein, dass der Hauptpartei nach materiellrechtlicher Lage und/oder Tatsachenlage jedenfalls eine der in beiden Prozessen behaupteten materiellrechtlichen Rechtspositionen zuerkannt werden *muss*. Der Hauptpartei droht als „Gelenk zwischen zwei Prozessen“<sup>142</sup> demnach ein *widersprüchlicher doppelter Prozessverlust*: Beide Prozesse zu verlieren, obwohl sie nach materiellrechtlicher Lage und/oder Tatsachenlage jedenfalls einen der beiden Prozesse hätte gewinnen müssen.<sup>143</sup>

An einem Beispiel: Die M-GmbH beliefert ihre deutschen Kunden mit CNC-Dreh- und Frästeilen, die sie wiederum von Sublieferanten bezieht. Dabei vereinbart sie für die Teile mit ihren Kunden dieselbe Beschaffenheit wie mit ihren Sublieferanten. Verklagt nun ein Kunde die M-GmbH gestützt auf die Mangelhaftigkeit gelieferter CNC-Dreh- und Frästeile erfolgreich auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises infolge Minderung, steht der M-GmbH ein entsprechender Regressanspruch gegen ihren Sublieferanten zu. Im Regressprozess droht der M-GmbH jedoch, dass das Gericht von der Mangelfreiheit der CNC-Dreh- und Frästeile ausgeht und die Regressklage in der Konsequenz abweist.

Der „doppelte Prozessverlust“ erfasst den Bezugspunkt des Risikos allerdings noch nicht vollends präzise. Denn das Risiko realisiert sich zunächst darin, dass Primär- und Sekundärgericht zueinander widersprüchliche *Feststellungen* treffen und der Hauptpartei in der Folge die in beiden Prozessen behaupteten materiellrechtlichen Positionen aberkannt werden, obwohl ihr jedenfalls eine hätte zuerkannt werden müssen.<sup>144</sup> Dieser *widersprüchliche doppelte Feststellungsverlust* muss sich, wie noch zu zeigen sein wird,<sup>145</sup> nicht notwendigerweise in einem doppelten Prozessverlust niederschlagen. Betroffen ist vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts meist nur eine Partei des Primärprozesses. Aber auch der Dritte kann dem Risiko ausgesetzt sein, wenn der Primärprozess ausnahmsweise seine materiellrechtliche Rechtsposition zum Gegenstand hat.

---

<sup>142</sup> R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 119.

<sup>143</sup> S. zu diesem Risiko BGH NJW 2009, 1488 Rn. 29; BGH NJW 2012, 674 Rn. 12; BGH NJW 2010, 3576 Rn. 20; BGH WM 1997, 1755, 1757; BGH NJW 2008, 519, 520; BGHZ 100, 257, 262; BGH NJW 1989, 521, 522; BGHZ 116, 95, 100; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 1; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 2; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 28; *Eibner*, JurBüro 1988, 150, 151 f.; *Häsemeyer*, ZZP 84 (1971), 179, 184 ff.; *Stein/Jacoby*, § 72 Rn. 2; *Laumen*, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 74; *Schellhammer*, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1621; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 653; *Musielak/Voit/Weth*, § 72 Rn. 1; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 34, 119.

<sup>144</sup> BGHZ 36, 212, 216; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 41; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 69.

<sup>145</sup> S. dazu unten § 3 I.2. a) bb) (S. 62 ff.).

So etwa in der praxisrelevanten Konstellation einer (gewillkürten) Prozessstandschaft: Kommissionär K kauft für Kommittenten T beim Auktionshaus A einen echten Michelangelo. Das Gemälde wird allerdings noch vor dem Versand von einem Mitarbeiter des Auktionshauses fahrlässig beschädigt. Kommissionär K klagt daraufhin gegen A in Prozessstandschaft für T auf Ersatz der Restaurierungskosten. Das Gericht weist die Klage des K mit der Begründung ab, dass K das Gemälde beim Verbringen in seine Sammlung selbst beschädigt hat. Möchte der T den K nun im Sekundärprozess wegen behaupteter Verletzung der Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis in Regress nehmen, könnte das Gericht die Regressklage mit der Begründung abweisen, dass das Gemälde von Mitarbeitern des Auktionshauses vor dem Versand beschädigt worden sei. In diesem Fall ist T als Dritter nicht nur Opfer des Risikos widersprüchlicher Feststellungen geworden, sondern es hat sich sogar das besondere Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts realisiert.

Diese in verwobenen Mehrpersonenkonflikten bestehende Notlage ruft ein Interesse daran hervor, von dem prinzipiell nicht selbst verursachten, sondern aus der Struktur der zivilprozessualen Streitbeilegung folgenden Risiko freigestellt zu werden.<sup>146</sup> Die Streitverkündung schützt dieses Interesse, indem sie nach §§ 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO eine Bindung an die tragenden Feststellungen<sup>147</sup> im Primärprozess herbeiführt und dadurch verhindert, dass das Gericht im Sekundärprozess hiervon abweichende Feststellungen trifft. Auf welches Risiko sich der Schutz der Streitverkündung genau bezieht<sup>148</sup> und ob der Schutz, wie der Wortlaut des § 68 Hs. 1 ZPO nahelegt, nur der Hauptpartei zugutekommt,<sup>149</sup> ist jedoch umstritten und bedarf näherer Untersuchung.

### c) Widerstreitende Interessen

Gegen den Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen streiten Interessen des Dritten: Durch die Streitverkündung wird der Rechtsschutz des Dritten (hinsichtlich seines Rechtsverhältnisses zur Hauptpartei) effektiv teilweise auf den Primärprozess vorverlagert. Die Streitverkündungswirkung beeinträchtigt demnach das – angesichts der Zuständigkeitsverteilung der §§ 12 ff. ZPO allgemein für schutzwürdig anerkannte – Interesse des Dritten, sich hinsichtlich seiner Rechtspositionen nur an seinem Heimatgerichtsstand oder den sonstigen für den Sekundärprozess eröffneten Gerichtsständen einzulassen (im Folgenden auch kurz „Gerichtsstandsinteresse“).<sup>150</sup>

<sup>146</sup> S. zu diesem Interesse *Eibner*, JurBüro 1988, 150, 151 f.; *Laumen*, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 185 f.; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 653; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 259 f.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 34 f.

<sup>147</sup> S. dazu näher unten § 31.2.c)aa) (S. 74 ff.).

<sup>148</sup> S. dazu unten § 31.2.a) (S. 59 ff.).

<sup>149</sup> S. dazu unten § 31.2.c)cc) (S. 82 ff.).

<sup>150</sup> S. zu diesem Interesse *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 187; *Kraft*, Grenzüberschreitende Streitverkündung, 1997, S. 50; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 119.

Zugleich bürdet die Streitverkündungswirkung dem Dritten das Risiko einer unrichtigen Entscheidung des Primärprozesses auf.<sup>151</sup> Ob dies im obigen Sinn nur eine teilweise *Vorverlagerung* des allgemein bestehenden Risikos einer unrichtigen Entscheidung auf den Primärprozess bedeutet oder aber im Hinblick auf die Streitverkündungswirkung eine richtige Entscheidung *in der Gesamtbetrachtung weniger wahrscheinlich* ist, hängt vom prozeduralen Rahmen des Primärprozesses ab. Es wird demnach zu untersuchen sein, inwieweit die Streitverkündungswirkung auch dann eintritt, wenn die Richtigkeitsgewähr nach dem prozeduralen Rahmen des Primärprozesses herabgesetzt ist.<sup>152</sup>

An einem vorgreifenden Beispiel:<sup>153</sup> Wird dem Dritten der Streit im Verfahren vor den mit Wirkung zum 1. April 2025 durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz<sup>154</sup> geschaffenen Commercial Courts verkündet, ist er an die erstinstanzlich vom Oberlandesgericht (oder einem Obersten Landesgericht) getroffenen Feststellungen gebunden. Die Streitverkündung schneidet ihm im Umfang der Streitverkündungswirkung folglich jedenfalls die Berufungsinstanz ab und bindet ihn dadurch – im Vergleich zur Kontrolldichte in einem regulären Sekundärprozess – an abstrakt betrachtet weniger wahrscheinlich richtige Feststellungen.

Hingegen treten Interessen des Verfahrensgegners mit dem Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen für sich genommen nicht in Widerstreit, denn die Streitverkündung und ihre Wirkung betrifft grundsätzlich allein den Sekundärprozess.<sup>155</sup> Widerstreitende Interessen des Verfahrensgegners werden daher im Rahmen der Untersuchung zur Nebenintervention behandelt.<sup>156</sup>

## 2. Der starke Schutz durch die Streitverkündung

Mit der Streitverkündung ist der Hauptpartei ein Mittel an die Hand gegeben, mit dem sie sich effektiv vor dem für verwobene Mehrpersonenkonstellationen spezifischen Risiko schützen kann:

### *a) Bezugspunkt des Schutzes: Der Streitverkündungsgrund*

Nach § 72 Abs. 1 ZPO steht der Hauptpartei die Streitverkündung zur Verfügung, wenn diese „für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten er-

---

<sup>151</sup> S. dazu anschaulich *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 10 f.

<sup>152</sup> S. dazu unten § 3 I. 2. d) bb) (S. 87 f.).

<sup>153</sup> S. dazu näher unten § 3 I. 2. d) bb) (S. 88 f.).

<sup>154</sup> Gesetz zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stärkungsgesetz) v. 7. Oktober 2024, BGBl. 2024 I Nr. 302.

<sup>155</sup> Allgemeine Meinung, s. statt vieler BT-Drs. 16/3038, S. 36; RGZ 77, 360, 364; BGH NJW 1976, 39, 40; BGHZ 188, 193; BGH NJW 2017, 3718 Rn. 23; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 74 Rn. 10 ff.

<sup>156</sup> S. dazu insbesondere unten § 3 IV. (S. 122 ff.).

heben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt“. Dieser Zuschnitt, der Streitverkündungsgrund, legt fest, vor welchem Risiko die Streitverkündung schützt. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet sich hierzu die von der Literatur überwiegend geteilte Formel, nach der ein Streitverkündungsgrund immer dann vorliegt, wenn der Streitverkünder „[...] wegen der materiell-rechtlichen 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.“<sup>157</sup> Im Ansatz erfasst diese Formel die übergeordnete Regel eines Streitverkündungsgrunds und damit den Schutzbereich der Streitverkündung zutreffend. Wie im Rahmen der weiteren Untersuchung zu sehen sein wird, sind an der Formel jedoch einzelne Modifikationen vorzunehmen.

#### aa) Kein allgemeiner Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen

Ein wichtiger – von der Formel erfasster – Zuschnitt folgt zunächst daraus, dass die Hauptpartei den Anspruch gegen oder durch den Dritten „für den Fall“ eines ungünstigen Prozessausgangs behaupten bzw. besorgen muss: Hierdurch steht die Streitverkündung nur dann zur Verfügung, wenn nach materiellrechtlicher Lage (potenziell<sup>158</sup>) ein *doppelter widersprüchlicher* Feststellungs- bzw. Prozessverlust droht. Denn behauptet bzw. besorgt die Hauptpartei den Anspruch gerade für den Fall eines Prozessgewinns, könnte eine abweichende Beurteilung des Sachverhalts durch das Gericht im Sekundärprozess nurmehr zu einem „einfachen“ Feststellungs- bzw. Prozessverlust führen. Deutlich wird dies in der Konstellation der kumulativen Haftung, in der ein Streitverkündungsgrund nach allgemeiner Auffassung nicht besteht:<sup>159</sup>

An einem Beispiel: Hobbysegler A rutscht auf dem Anlegesteg aus und verletzt sich, weil das vom Segelverleih B beauftragte – und schlecht ausgewählte – Reinigungsunternehmen C den Steg nach einem Unwetter nicht gründlich von Algen befreit hat. Mitursächlich für das Ausrutschen des A war allerdings auch, dass A vom Ölen des Holzdecks seines Schiffes stark ölige Schuhsohlen hatte. A verfolgt Schadensersatzansprüche wegen seiner Heilbehandlungskosten gegen B und C.

<sup>157</sup> BGH NJW 2009, 1488 Rn. 29; ähnlich BGHZ 100, 257, 262; BGH NJW 1989, 521, 522; BGHZ 116, 95, 100; BGH NJW 2008, 519, 520; BGH NJW 2012, 674 Rn. 12. Aus der Literatur statt vieler Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 1; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 2; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 2; *Laumen*, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 74; *Schellhammer*, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1621; Musielak/*Voit/Weth*, § 72 Rn. 1; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 34.

<sup>158</sup> S. dazu unten § 3 I. 2. b) (S. 68 ff.).

<sup>159</sup> S. statt vieler BGHZ 100, 257, 259; BGHZ 70, 187, 189; BGHZ 65, 127, 131; BGHZ 8, 72, 80 f.; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 8; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 12; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 11; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 63; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 72 Rn. 6; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 118.

In dieser Konstellation liegt dem Rechtsschutzbegehren der Hauptpartei von vornherein die Behauptung zugrunde, einen Anspruch gegen mehrere Personen zu haben. Ist nicht derselbe Spruchkörper zur Entscheidung über die Ansprüche gegen die nach der Behauptung des Klägers kumulativ Haftenden berufen, dann zwar besteht auch hier die Gefahr widersprüchlicher Feststellungen.<sup>160</sup>

Im Fallbeispiel könnte dies so aussehen: Hinsichtlich der Klage des A gegen B weist das Gericht einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten wegen angenommenen, überwiegenden Mitverschuldens des A ab. Das im Verhältnis von A zu C zur Entscheidung berufene Gericht gibt der Klage hingegen – nur um einen geringen Mitverschuldensanteil gekürzt – statt.

Allerdings schlagen sich widersprüchliche Feststellungen in der Konstellation der kumulativen Haftung nur in einem „einfachen“ Feststellungs- bzw. Prozessverlust nieder.<sup>161</sup> Denn bei einer nach materiellrechtlicher Lage widersprüchlichen Feststellung wird zwangsläufig jedenfalls einer der beiden Klagen (teilweise) stattgegeben. Werden hingegen beide Klagen komplett abgewiesen, ist dies nach der eigenen Behauptung über die materiellrechtliche Lage zwar falsch, *aber nicht widersprüchlich*. Demgegenüber ist das Merkmal des „für den Fall“ in § 72 Abs. 1 ZPO für den Schutz vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungs- bzw. Prozessverlust etwas zu eng: Das Risiko besteht aus der *ex ante* Perspektive, die in § 72 Abs. 1 ZPO angeordnet wird („glaubt“ bzw. „besorgt“),<sup>162</sup> ebenfalls, wenn der Anspruch *auch* für den Fall eines negativen Prozessausgangs besteht. Der Bundesgerichtshof<sup>163</sup> hat dies erkannt und die Streitverkündung in einer solchen Konstellation überzeugenderweise<sup>164</sup> für zulässig erklärt:

Ein Frachtführer hatte wegen eines ihm drohenden Schadensersatzanspruches des Absenders aufgrund verspäteter Lieferung der Fracht seinen Unterfrachtführer aufrechnungsweise im Wege der Drittschadensliquidation in Regress genommen und dem Absender in diesem Rechtsstreit den Streit verkündet. In diesem Fall besteht in gleichem Maße das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts (insbesondere im Hinblick auf die Frage der Haftung des Frachtführers nach Art. 17 Abs. 1 CMR), wie wenn der Frachtführer zunächst vom Absender in Haftung genommen worden wäre und der Frachtführer in diesem Rechtsstreit dem Unterfrachtführer den Streit verkündet hätte.

Besteht hingegen schon nach dem Vortrag der Hauptpartei kein Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungs- bzw. Prozessverlusts, weil sie einen Anspruch allein für den Fall behauptet bzw. besorgt, dass der Primärprozess für sie

---

<sup>160</sup> S. dazu, dass gegenüber einem weiteren Gesamtschuldner keine Rechtskrafterstreckung stattfindet, die Aussage in § 425 Abs. 2 a.E. BGB sowie BGH NJW-RR 2006, 1628, 1629; BGH NJW-RR 1989, 1055, 1056.

<sup>161</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 63.

<sup>162</sup> S. zur grundsätzlich maßgeblichen *ex ante* Perspektive noch unten § 3 I.2. b) aa) (S. 68).

<sup>163</sup> BGHZ 116, 95, 98 ff.; a. A. die Vorinstanz OLG Karlsruhe OLGZ 1984, 230, 232.

<sup>164</sup> Zustimmend auch BGH VersR 1997, 1363 unter II. b) bb); Zöller/Althammer, § 72 Rn. 4; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 42.

günstig ausgeht, ist ein Streitverkündungsgrund nach allgemeiner Auffassung nicht gegeben.<sup>165</sup> Das Vorstehende zeigt: Die Streitverkündung soll nicht allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen schützen, sondern nur davor, dass sich diese in der für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Qualität<sup>166</sup> eines widersprüchlichen doppelten Feststellungs- bzw. Prozessverlusts realisieren.<sup>167</sup> Auf welchen Wertungen dieser Zuschnitt beruht, ist an späterer Stelle zu untersuchen.<sup>168</sup>

bb) Bezugspunkt: Widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust,  
nicht Prozessverlust

Nach der Formel des Bundesgerichtshofs<sup>169</sup> ist die Hauptpartei vor einem doppelten Prozessverlust zu schützen. Das Reichsgericht hatte das Merkmal des „ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits“ nach § 72 Abs. 1 ZPO noch dementsprechend ausgelegt und darauf abgestellt, ob die Hauptpartei im Primärprozesses ganz oder teilweise mit ihrem Klage- oder Klageabweisungsantrag unterliegt.<sup>170</sup> Auch in der Literatur wird dies noch verbreitet so vertreten.<sup>171</sup> Wie bereits aufgeworfen, realisiert sich das in verwobenen Mehrpersonenkonflikten inhaltlich verschärfte Risiko widersprüchlicher Feststellungen allerdings primär in einem widersprüchli-

<sup>165</sup> S. statt vieler Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 4; Anders/*Gehle/Bünnigmann*, § 72 Rn. 2; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 7; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 8; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 43; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 72 Rn. 6; Musielak/*Voit/Weth*, § 72 Rn. 4.

<sup>166</sup> S. dazu oben § 3 I. 1. b) (S. 56 ff.).

<sup>167</sup> In der oben § 3 I. 2. a) (S. 60) aufgeworfenen Formel tritt dies in der Passage „Gefahr läuft, alle [Prozesse] zu verlieren, obwohl er zumindest einen gewinnen müsste“ hervor. S. dazu zudem BGH NJW 2012, 674 Rn. 12; BGH NJW 2010, 3576 Rn. 20; BGH NJW 2009, 1488 Rn. 29; BGH NJW 2008, 519, 520; BGH WM 1997, 1755, 1757; BGHZ 116, 95, 100; BGH NJW 1989, 521, 522; BGHZ 100, 257, 262; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 1; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 2; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 28; *Eibner*, JurBüro 1988, 150, 151 f.; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 184 ff.; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 2; *Laumen*, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 74; *Schellhammer*, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1621; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 653; Musielak/*Voit/Weth*, § 72 Rn. 1; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 34, 119.

<sup>168</sup> S. dazu unten § 3 I. 4. (S. 94 ff.).

<sup>169</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. a) (S. 60).

<sup>170</sup> RG JW 1913, 32; RG LZ 1930, 248, 250.

<sup>171</sup> S. etwa *R. Bruns*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1979, § 12 Rn. 67; *Deckenbrock/Dötsch*, JR 2004, 6, 10 Fn. 51; Stein/*Jacoby*, § 68 Rn. 11; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 320 f.; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 72 Rn. 6; nicht klar einzuordnen *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 274 f. Teilweise wird in einer Gesamtbetrachtung die Zwangsvollstreckung miteinbezogen und ein „ungünstiger Ausgang“ auch dann angenommen, wenn die Hauptpartei zwar im Primärprozess obsiegt, jedoch in der Zwangsvollstreckung ausfällt (*Bischof*, JurBüro 1984, 1141, 1145; *Jauernig*, JZ 1962, 415, 416). Abgesehen davon, dass bereits der Fokus auf den Prozessverlust nicht zutrifft (s. dazu sogleich im Text), wäre dieser Zuschnitt auch praktisch nicht handhabbar. So könnte über die Streitverkündungswirkung noch nicht entschieden werden, wenn und solange die Zwangsvollstreckung noch im Gange ist (Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 65).



chen doppelten Feststellungsverlust – d.h. darin, dass über beide im Primär- und Sekundärprozess streitgegenständlichen Rechtspositionen der Hauptpartei nachteilige Feststellungen ergehen. Dieser *widersprüchliche doppelte Feststellungsverlust* muss sich nicht zwangsläufig in einem doppelten Prozessverlust niederschlagen.

Dies wird am Beispiel der Eventualaufrechnung deutlich: Ausgegangen sei von dem obigen Fallbeispiel,<sup>172</sup> in dem ein Kunde der M-GmbH diese auf Rückzahlung des Kaufpreises infolge Minderung wegen der Mangelhaftigkeit verkaufter CNC-Dreh- und Frästeile verklagt. Die M-GmbH verkündet in diesem Prozess ihrem Sublieferanten den Streit. Das Gericht stellt die Mangelhaftigkeit der CNC-Dreh- und Frästeile sowie infolgedessen den Rückzahlungsanspruch des Kunden fest. Dessen Klage weist es gleichwohl ab, weil die M-GmbH hilfsweise die Aufrechnung mit einer unbestrittenen Kaufpreisforderung aus einem früheren Geschäft erklärt hat. In diesem Fall droht der M-GmbH kein widersprüchlicher doppelter Prozessverlust, wohl aber, dass sie in Widerspruch zur materiellrechtlichen Lage zur Gewährleistung gegenüber ihrem Kunden verpflichtet wird, mit dem Regress gegen ihren Sublieferanten jedoch leer ausgeht.

Würde man in diesem Fall darauf abstellen, ob die M-GmbH im Primärprozesses ganz oder teilweise mit ihrem Klage- oder Klageabweisungsantrag unterliegt, so müsste man die Streitverkündung für unzulässig erklären. Allerdings ist die M-GmbH auch in dieser Situation darin schutzwürdig, Regress bei ihrem Sublieferanten nehmen zu können, ohne dass sie aufgrund einer widersprüchlichen Beurteilung zur Mangelhaftigkeit leer auszugehen droht.<sup>173</sup>

Die gleiche Situation kann durch andere Einwendungen entstehen, die nur zugunsten der Hauptpartei wirken, wie durch einen Erlass (§ 397 BGB), Verzicht (§ 306 ZPO) oder der Verwirkung des erhobenen Anspruchs.<sup>174</sup>

Der Bundesgerichtshof hat dies erkannt und die letzte Konkretisierungsstufe lediglich nicht in seiner Formel bedacht. Denn er bezieht den ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits nach § 72 Abs. 1 ZPO darauf, ob im Primärprozess nachteilige Feststellungen über die materielle Rechtsposition der Hauptpartei ergangen sind.<sup>175</sup> Damit bleibt festzuhalten: Die Streitverkündung soll die Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung von dem Risiko schützen, dass zwei Spruchkörper (teilweise) uneinheitliche Feststellungen über denselben Lebenssachverhalt treffen und der Hauptpartei in der Konsequenz beide in den jeweiligen Prozessen behaupteten

---

<sup>172</sup> Oben § 3 I. 1. b) (S. 57).

<sup>173</sup> Insofern trifft die Behauptung von R. Bruns, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1979, § 12 Rn. 67 nicht zu, dass im Falle des Prozessgewinns kein Bedürfnis mehr dazu besteht, einen Sekundärprozess anzustrengen. Wie hier auch Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 64; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 69.

<sup>174</sup> S. dazu BGHZ 36, 212, 216 f.

<sup>175</sup> BGHZ 36, 212, 217: Es komme darauf an, ob „die Entscheidung eines Rechtsstreits in ihren tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen einen ungünstigen Ausgang nimmt.“; BGH NJW 1978, 643, 643 f.; BGH NJW 1976, 39, 40; BGH BeckRS 1975, 31119023; BGH VersR 1962, 952, 952 f. Im Anschluss die herrschende Literatur, s. etwa Zöller/Althammer, § 72 Rn. 4; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 41; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 67 ff.



materiellrechtlichen Rechtspositionen aberkannt werden, obwohl ihr nach materiellrechtlicher Lage (potenziell<sup>176</sup>) jedenfalls eine der beiden Rechtspositionen hätte zuerkannt werden müssen. Damit zielt die Streitverkündung auf den Schutz materiellrechtlicher Rechtspositionen.<sup>177</sup>

cc) Intensivierung des Schutzes durch Erweiterung der Streitverkündung auf Fälle alternativer Gläubiger- und Schuldnerschaft

Nach dem Wortlaut des § 72 Abs. 1 ZPO steht die Streitverkündung für von der Hauptpartei behauptete Ansprüche nur in Gewährleistungs- oder Schadensersatzfällen zur Verfügung (d. h. zusammen in „Regressfällen“<sup>178</sup>). Dies geht darauf zurück, dass die Streitverkündung nach historischem Verständnis stets in einem zum Zeitpunkt der Streitverkündung bereits bestehenden Schuldverhältnis der Hauptpartei zum Dritten wurzelt und vor Inkrafttreten der CPO von 1879 als materiellrechtliches Institut verstanden wurde.<sup>179</sup> Der Bundesgerichtshof hat den streitverkündungsbedingten Schutz demgegenüber im Anschluss an die Streupflichtfall-Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>180</sup> über den Wortlaut des § 72 Abs. 1 ZPO hinaus allgemein auch auf Fälle alternativer Gläubiger- und Schuldnerschaft erstreckt.<sup>181</sup>

Frei nach RGZ 77, 360 ff.: Ein Spaziergänger rutscht auf einem verschneiten, ungeräumten Gehweg aus und nimmt den anliegenden Hauseigentümer klageweise auf Ersatz seiner Heilbehandlungskosten in Anspruch. Im Lauf des Prozesses kristallisiert sich allerdings heraus, dass die Gemeinde ihre Streupflicht nicht wirksam an den Hauseigentümer delegiert haben könnte. Daraufhin verkündet der Spaziergänger der Gemeinde den Streit.

Die Erweiterung des § 72 Abs. 1 ZPO verdeutlicht, wie stark das Interesse der Hauptpartei an der Freistellung von einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust geschützt wird: Es wird im Rahmen der Interessenabwägung auch dann über das widerstreitende Gerichtsstandsinteresse des Dritten und ggf. sein

<sup>176</sup> S. zur Modifikation des Interessenschutzes durch den Beurteilungsmaßstab noch unten § 31.2. b) bb) (S. 69 ff.).

<sup>177</sup> Mit diesem Verständnis auch R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 119; Häsemeyer, ZJP 84 (1971), 179, insb. 184 ff.; Eibner, Streitverkündung, 1986, S. 28 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 4; K.-P. Martens, ZJP 85 (1972), 77, 88 f.; im Ansatz auch Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 34 f.

<sup>178</sup> S. zur Terminologie Motive, S. 89 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 179; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 50.

<sup>179</sup> S. zu den historischen Wurzeln der Streitverkündung noch eingehend unten § 61.2. a) (S. 283 ff.).

<sup>180</sup> RGZ 77, 360 ff.

<sup>181</sup> Grundlegend BGHZ 8, 72 ff.; BGH VersR 1985, 568, 569; mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 58 ff.; spezifisch zur alternativen Gläubigerschaft BGH ZIP 1981, 156, 157; Häsemeyer, ZJP 84 (1971), 179, 185; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 71 f.

Interesse an einer richtigen Entscheidung<sup>182</sup> gestellt, wenn der Dritte mit der Hauptpartei in keiner Weise rechtsgeschäftlich oder sonst durch ein Schuldverhältnis verbunden ist. Die Interessen der Hauptpartei werden also geschützt, obwohl die Legitimationsgrundlage für die Streitverkündungswirkung insoweit deutlich schwächer ist als in den Fällen, in denen sich der Dritte zumindest den Kontakt zu der Person ausgesucht hat, in deren Prozess er sich nun streitverkündungsbedingt einlassen soll.<sup>183</sup> Der überwiegende Teil der Literatur befürwortet die Erweiterung;<sup>184</sup> und dies unabhängig davon, ob die Alternativität rechtlich (wie im Streupflicht-Fall) oder tatsächlich begründet ist.<sup>185</sup> Zudem ist sie jedenfalls *de lege lata* kaum anzuzweifeln: Die Erweiterung sollte im Zuge der ZPO-Reform von 1969 in den Wortlaut des § 72 Abs. 1 ZPO übernommen werden.<sup>186</sup> Zwar wurde davon wieder Abstand genommen. Allerdings wurde die Erweiterung in der Entwurfsbegründung als gefestigte Rechtsprechung angesehen und inhaltlich befürwortet.<sup>187</sup> Sie ist damit in den gesetzgeberischen Willen inkorporiert worden.

Die Hauptpartei soll vor diesem Hintergrund in allen Fällen geschützt werden, in denen das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts besteht – die widerstreitenden Interessen des Dritten treten in grundsätzlich allen diesen Fällen zurück. Es ist für die Untersuchung zur Fortbildung einer Streitverkündung und Nebenintervention in Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO jedoch zu vermerken, dass die Legitimationsgrundlage für die mit der Streitverkündungswirkung verbundene Last des Dritten in den Fällen alternativer Gläubiger- und Schuldnerschaft schwächer ist.

---

<sup>182</sup> Ob dieses Interesse durch eine Streitverkündung beeinträchtigt wird, ist noch zu untersuchen (unten § 3 I. 2. d) bb) (S. 87 f.)).

<sup>183</sup> Mit Gedanken in diese Richtung *R. Bruns*, FS Schima, 1969, S. 111, 120.

<sup>184</sup> Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 8; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 11; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 45 ff.; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 188 f.; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 11; *Kittner*, JuS 1986, 624, 626; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 59 f.; *Laumen*, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 53 ff.; *Schultes*, Drittbeteiligung, 1994, S. 48; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 121 f.; kritisch jedoch *R. Bruns*, FS Schima, 1969, S. 111, 120.

<sup>185</sup> S. zur Zulässigkeit bei tatsächlicher Alternativität etwa BGH NJW 2015, 559 Rn. 16; BGH NJW 1982, 281, 282; BGH NJW 1978, 643; BGH NJW 1976, 39, 40; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 8; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 11; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 58; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 62; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 121; a.A. (Unzulässigkeit bei tatsächlicher Alternativität) aber *R. Bruns*, FS Schima, 1969, S. 111, 122; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 51; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 195 ff.; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 72 Rn. 12; nicht dagegen Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 8 (von *Schultes* fälschlicherweise zitiert).

<sup>186</sup> BT-Drs. VI/790, S. 36.

<sup>187</sup> BT-Drs. VI/790, S. 36.

dd) Teilweise in Widerspruch zum bisherigen Zuschnitt des Interessenschutzes:  
Streitverkündung bei subsidiärer Haftung

Allgemein für zulässig erachtet wird die Streitverkündung auch in der Konstellation der subsidiären Haftung.<sup>188</sup> Hierunter sind Fälle zu verstehen, in denen einem von mehreren potenziell Haftenden („privilegiert Haftender“) ein Haftungsprivileg in der Weise zukommt, dass er nur dann haftet, wenn vom anderen potenziell Haftenden („primär Haftender“) kein Ersatz erlangt werden kann. Paradigma: Die subsidiäre Haftung des fahrlässig handelnden Notars gegenüber anderen Schuldern nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO oder die des fahrlässig handelnden Beamten im haftungsrechtlichen Sinn nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Haftungsprivileg macht aus der möglicherweise an sich bestehenden gesamtschuldnerischen Haftung<sup>189</sup> noch keine alternative Schuldnerschaft: Denn die subsidiäre Haftung des privilegierten Schuldners greift auch dann ein, wenn daneben ein Anspruch gegen den nicht privilegierten Schuldner besteht, der lediglich nicht erfolgreich vollstreckt werden kann oder dessen Verfolgung nicht zumutbar ist.<sup>190</sup> Es kann aber sein, dass im konkreten Fall nur eine alternative Haftung des primär Haftenden oder des privilegiert Haftenden in Betracht kommt.

So lag der Fall in der Entscheidung BGHZ 106, 1 ff.: V verkauft seine Eigentumswohnung an K und bevollmächtigt ihn im notariellen Kaufvertrag dazu, zur Finanzierung des Kaufpreises die Eintragung von Grundpfandrechten an dem Wohnungseigentum zu bewilligen und zu beantragen. Nachdem K eine Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus seiner Geschäftsverbindung mit der Bank bestellt hat (und diese eingetragen wird), zahlt die Bank ein Darlehen an K aus. V jedoch erhält den Kaufpreis nicht. Nachdem die Bank V zur Ablösung der Grundschuld auffordert, zahlt V einen Teil des Darlehens an die Bank „auf die Grundschuld zu deren Ablösung“. Später verlangte er die Zahlung jedoch klageweise wieder zurück, da er die Grundschuldbestellung aufgrund Überschreitung der Vertretungsmacht seitens K für unwirksam hält. Zugleich verkündet V dem Notar den Streit. In diesem Fall kommt nur eine alternative Haftung der Bank – bei unwirksamer Grundschuldbestellung – oder des Notars – bei wirksamer Grundschuldbestellung, wegen der in diesem Fall zu weitgehenden Eröffnung der Vertretungsmacht im notariellen Kaufvertrag – in Betracht.

<sup>188</sup> S. grundlegend BGHZ 8, 72, 80; zudem BGH NJW 2008, 519 Rn. 19; BGH NJW-RR 2007, 277, 278; BGH NJW-RR 2004, 1069, 1070; BGH NJW-RR 2005, 1148, 1149 f.; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 8; *Bischof*, JurBüro 1984, 969, 971; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 72 Rn. 13; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 184 f.; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 320; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 65; *MüKo-ZPO/Schultes*, § 72 Rn. 12; *Musielak/Voit/Weth*, § 72 Rn. 6; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 122 ff.

<sup>189</sup> Infolge der subsidiären Haftung fehlt es am ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der „Gleichrangigkeit“ bzw. „Gleichstufigkeit“ im Rahmen von § 421 Satz 1 BGB. S. zu diesem Tatbestandsmerkmal etwa BGH NJW 2007, 1208, 1210; BGHZ 137, 76, 82; BGHZ 120, 50, 56; kritisch BeckOKG-BGB/*Kreße*, § 421 Rn. 40; *Staudinger-BGB/Looschelders*, § 421 Rn. 28 m. w. N.

<sup>190</sup> S. statt vieler BGHZ 2, 209, 218; BGH NJW 1982, 1328, 1329; BGH NVwZ 1993, 1228, 1229; *MüKo-BGB/Papier/Shirvani*, § 839 Rn. 377.

Liegt der Fall so, ist mit der herrschenden Auffassung ein Streitverkündungsgrund anzuerkennen, denn es besteht dann das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts. Die herrschende Auffassung erachtet eine Streitverkündung gegenüber dem privilegiert Haftenden<sup>191</sup> allerdings auch in den Fällen als zulässig, in denen nach dem Vortrag der Hauptpartei in der Sache eine kumulative Haftung besteht, die lediglich durch das auf Seiten des Dritten bestehende Haftungsprivileg durchbrochen wird.<sup>192</sup> Ein Streitverkündungsgrund ist in dieser „klassischen“ Form der subsidiären Haftung jedoch abzulehnen.<sup>193</sup> Zwar wird der Geschädigte aufgrund des Haftungsprivilegs davon abgehalten, gleichzeitig gegen beide potenziellen Schuldner Klage zu erheben.<sup>194</sup> Allerdings rechtfertigt dieser Umstand keine Streitverkündungswirkung. Denn daraus, den Primärprozess abwarten zu müssen, folgt allein ein Verjährungsrisiko (was im Rahmen der Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 ZPO reguliert werden kann, wobei es auf die Zulässigkeit der Streitverkündung insoweit nach vorzugswürdiger Auffassung nicht ankommt<sup>195</sup>). Ein widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust droht hingegen nicht, da – bei in der Sache bestehender kumulativer Haftung – aufgrund der materiellrechtlichen Gleichordnung widersprüchliche Feststellungen stets zur Annahme der Haftung eines der potenziell Haftenden führen würden. Denkbar wäre ein widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust allein im Hinblick auf das Haftungsprivileg: Wenn das Gericht im Primärprozess den Anspruch gegen den primär Haftenden verneint, jedoch das Gericht im Sekundärprozess gerade diesen Anspruch bejaht und infolgedessen den Anspruch gegen den privilegiert Haftenden „wegen anderweitiger Ersatzmöglichkeit“ abweist. Allerdings wird diese Gefahr schon *a priori* materiellrechtlich beseitigt, denn das Haftungsprivileg greift nach einhelliger Auffassung nicht, wenn das Gericht im Primärprozess den Anspruch gegen den primär Haftenden fehlerhaft verneint hat und die Fehlerhaftigkeit für den Geschädigten nicht offensichtlich erkennbar ist.<sup>196</sup>

Die „klassische“ Form der subsidiären Haftung weist insofern im Hinblick auf die Legitimation der Streitverkündungswirkung keine Unterschiede zur kumulativen Haftung auf, in der nach einhelliger Auffassung kein Streitverkündungsgrund

---

<sup>191</sup> Offensichtlich unzulässig ist eine Streitverkündung hingegen, wenn zuerst der subsidiär Haftende in Anspruch genommen wird. Denn in diesem Fall besteht der Anspruch gegen den primär Haftenden schon nicht „für den Fall eines ungünstigen Prozessausgangs“ (allgemeine Meinung, s. nur BGH NJW 2008, 519, 520; OLG Köln BeckRS 2015, 02420 Rn. 8; OLG Hamm MDR 1985, 588; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 65).

<sup>192</sup> S. die Nachweise oben in Fn. 188.

<sup>193</sup> So auch Eibner, Streitverkündung, 1986, S. 55 ff.; Eibner, JurBüro 1988, 150, 159.

<sup>194</sup> Die Klage gegen den privilegiert Haftenden würde als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen werden, vgl. BGH NJW 2000, 664; BGH NJW 1996, 520; BGH BeckRS 1963, 31184036; BeckOK-BNotO/Schramm/Mayer, § 19 Rn. 142.

<sup>195</sup> S. die Nachweise oben § 1 II. (S. 32 f.) in Fn. 41.

<sup>196</sup> BGHZ 120, 124, 126 f.; BGH BeckRS 1956, 31202486; KG Berlin VersR 1968, 1067; RGZ 150, 323, 328 ff. Dies zugehend Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 122 f.

besteht.<sup>197</sup> Vielmehr wird, legt man die herrschende Auffassung einmal zugrunde, punktuell allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen geschützt (oder aber vor dem Ausfall mit der Zwangsvollstreckung, was aber offensichtlich nicht schutzwürdig ist<sup>198</sup>). Die Zulässigkeit der Streitverkündung könnte vor diesem Hintergrund nur durch öffentliche Interessen wie die Prozessökonomie gerechtfertigt werden – was noch zu untersuchen ist.<sup>199</sup> Auch dann verbliebe allerdings ein eklatanter Widerspruch zur Unzulässigkeit der Streitverkündung in der Konstellation der kumulativen Haftung.

### b) Beurteilungsperspektive und -maßstab

Über den Eintritt der Streitverkündungswirkung entscheidet das Gericht im Sekundärprozess.<sup>200</sup>

#### aa) Die grundsätzliche ex ante Perspektive

Dennoch ist nicht nach der Tatsachenlage zu diesem Zeitpunkt (*ex post*), sondern gemäß § 72 Abs. 1 ZPO aus der Perspektive im Zeitpunkt „der Streitverkündung“<sup>201</sup> (*ex ante*) zu beurteilen, ob ein Streitverkündungsgrund vorliegt.<sup>202</sup> Die *ex ante* Perspektive ist im Interesse des Streitverkündungsempfängers angeordnet: Dieser

<sup>197</sup> S. dazu oben § 31.2. a) aa) (S. 60 ff.). Unzutreffend insofern *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 123. Der Umstand, den Primärprozess abwarten zu müssen, führt gerade nicht zur streitverkündungstypischen „Notlage“. Die Behauptung von *Ziegert*, bei der kumulativen Haftung wäre die Hauptpartei meist in der Lage, beide Schuldner streitgenössisch zu verklagen, trifft nicht zu, weil die Zuständigkeit des Prozessgerichts für beide Streitgegenstände dafür notwendige Voraussetzung ist (allgemeine Meinung, s. nur MüKo-ZPO/Schultes, § 59 Rn. 10 m. w. N.). *Ziegert* (S. 123 f.) versucht die Zulässigkeit der Streitverkündung in diesem Fall sodann damit zu begründen, dass gleichwohl widersprüchliche Feststellungen drohen und demonstriert dies an einem Beispiel: Die Klage gegen den primär Haftenden wird „nur“ abgewiesen, weil dessen Verschulden nicht festgestellt werden kann. Die Klage des privilegiert Haftenden wird abgewiesen, weil bereits ein Schaden verneint wird. Hier mag zwar ein Widerspruch darin bestehen, dass das Gericht im Primärprozess anders als das Gericht im Sekundärprozess vom Eintritt eines Schadens ausgeht. Dies begründet allerdings keinen widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust. Denn mit Blick auf die Ansprüche des Geschädigten gegen den primär bzw. den privilegiert Haftenden ist es nicht widersprüchlich, beide Ansprüche als bestehend oder als nichtbestehend zu erachten.

<sup>198</sup> Aus der schweizerischen Literatur *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 93. Unzutreffend daher BGH VersR 1952, 952, 953 (Zulässigkeit der Streitverkündung bei Ausfall der Hauptpartei in der Zwangsvollstreckung gegen den primär Haftenden).

<sup>199</sup> Unten § 31.4. c) (S. 99 ff.).

<sup>200</sup> Allgemeine Meinung, s. nur BGH NJW 2017, 3718 Rn. 23; BGHZ 188, 193, 196; BGH NJW 1976, 39, 40; RGZ 77, 360, 364.

<sup>201</sup> S. zur Präzisierung sogleich im Text.

<sup>202</sup> BGH NJW 1978, 643, 644; BGH NJW 1976, 39, 40; BGH NJW 1962, 387, 388; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 35.

muss auf die Zustellung des Streitverkündungsschriftsatzes hin<sup>203</sup> und ggf. nach einem Blick in die Verfahrensakten (vgl. § 299 Abs. 2 ZPO<sup>204</sup>) beurteilen können, ob an der Streitverkündung „etwas dran ist“, ob sich also sein Rechtsschutz durch die Streitverkündungswirkung ab diesem Zeitpunkt (vgl. §§ 73 Satz 3, 74 Abs. 3 ZPO) effektiv teilweise auf den Primärprozess vorverlagert und er somit dem Rechtsstreit beitreten sollte, möchte er sich Gehör verschaffen. Daher beurteilt sich das Vorliegen eines Streitverkündungsgrunds grundsätzlich nach dem Tatsachenvortrag im Zeitpunkt der Zustellung der Streitverkündungsschrift.<sup>205</sup>

#### bb) Maßstab: Die plausible Gefahr eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts

Wie stark die Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts geschützt wird, hängt entscheidend davon ab, welcher Maßstab für diese Beurteilung anzulegen ist. *Häsemeyer* sieht die Streitverkündungswirkung nur bei sich „gegenseitig ausschließender Bedingtheit“, d. h. bei „im materiellen Recht gründende[r] Alternativität gleichwertiger Rechtsverhältnisse“ legitimiert.<sup>206</sup> Die eingangs aufgeworfene For-

<sup>203</sup> S. zur Beurteilungsfunktion des Streitverkündungsschriftsatzes etwa BGH NJW 1976, 292, 293; Motive, S. 90 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 180; in Verjährungskonstellationen BGH NJW 2012, 674 Rn. 14; BGH NJW 2008, 519 Rn. 28.

<sup>204</sup> Das Anliegen, nach Zugang der Streitverkündungsschrift einen Beitritt zu prüfen, wird regelmäßig ein „rechtliches Interesse“ im Sinne des § 299 Abs. 2 ZPO begründen (BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 299 Rn. 29; Zöllner/*Greger*, § 299 Rn. 6a; Musielak/*Voit/Röß*, § 299 Rn. 3a). Damit macht es im Ergebnis keinen Unterschied, dass die herrschende Literatur dem Streitverkündungsempfänger, der noch nicht als Nebenintervenient beigetreten ist, mangels „Parteistellung“ kein Akteneinsichtsrecht nach § 299 Abs. 1 ZPO gewährt (vgl. dazu BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 299 Rn. 18; Stein/*Jonas/Leipold*, § 299 Rn. 22; MüKo-ZPO/H. *Prütting*, § 299 Rn. 10). Für ein Akteneinsichtsrecht des Streitverkünders ohne dogmatische Differenzierung bereits Motive, S. 90 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 180 sowie unter Rekurs darauf BGH NJW 1976, 292, 293.

<sup>205</sup> Präzise BGH NJW 1962, 387, 388. Es hat sich in der Rechtsprechung jedoch die Übung herausgebildet, zur Beurteilung des Streitverkündungsgrunds nach Zustellung des Streitverkündungsschriftsatzes von der Hauptpartei in den Primärprozess eingeführten Vortrag zu berücksichtigen (s. etwa BGH NJW 2008, 519, 521 f.; BGH BeckRS 1982, 31075059; BGH NJW 1976, 292, 293; BGH BeckRS 1962, 30398967). Dies ist problematisch, da es die Funktion der Streitverkündungsschrift zu konterkarieren droht (so auch Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 73 Rn. 11). Die Rechtsprechung rechtfertigt dies dadurch, dass dem Dritten die betreffenden Tatsachen von der Hauptpartei unmittelbar zugeleitet worden sein müssen (BGH BeckRS 1982, 31075059) und der Dritte den Mangel der Streitverkündungsschrift im Sekundärprozess nicht (im Sinne des § 295 Abs. 1 ZPO verzichtbar) gerügt haben darf (BGH NJW 2008, 519, 521 f.; BGH BeckRS 1982, 31075059; BGH NJW 1976, 292, 293; BGH BeckRS 1962, 30398967). Zudem könnte die Streitverkündungswirkung in diesem Fall erst ab Zuleitung der den Streitverkündungsgrund begründenden Tatsachen eintreten (mit diesem Gedanken BeckRS 1982, 31075059).

<sup>206</sup> *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 184.

mel des Bundesgerichtshofs<sup>207</sup> suggeriert Ähnliches: Die Hauptpartei müsse Gefahr laufen, „alle [Prozesse] zu verlieren, obwohl [sie] zumindest einen gewinnen *müßte*“<sup>208</sup>.

Dies als Maßstab angenommen, läge ein Streitverkündungsgrund etwa in den klassischen Gewährleistungsfällen nur vor, wenn dem Verkäufer nach materiellem Recht *zwingend* ein Regressanspruch gegen seinen Lieferanten zusteht, sollte der Verkäufer im Primärprozess zur Gewährleistung gegenüber seinem Kunden verurteilt werden. Dies ist jedoch oftmals nicht der Fall: Zwischen dem Verkäufer und seinem Lieferanten mag eine weniger strenge Beschaffenheit vereinbart sein als mit dem Kunden – oder aber ein Haftungsausschluss. Andersherum mag ein Gewährleistungsanspruch des Verkäufers gegen den Lieferanten (bspw. aufgrund Minderung) möglicherweise auch dann bestehen, wenn die Gewährleistungsklage des Kunden abgewiesen wird. Oder am Beispiel der alternativen Vertragsschuldnerschaft: Wird die auf Erfüllung gerichtete Klage des vermeintlich wirksam Vertretenen gegen seinen vermeintlichen Vertragspartner mangels Vertretungsmacht des Vertreters abgewiesen, steht damit nicht schon dessen *falsus procurator*-Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB fest. Daher wäre ein Streitverkündungsgrund in allen diesen Fällen nach dem obigen Maßstab abzulehnen, weil die in Primär- und Sekundärprozess streitgegenständlichen Rechtsverhältnisse nach der Beurteilungsperspektive im Zeitpunkt der Streitverkündung nicht *zwingend* in Alternativität stehen bzw. die Hauptpartei nicht *zwingend* einen der beiden Prozesse gewinnen *muss*. Die Hauptpartei müsste in der weiteren Konsequenz stets, schon um die Zulässigkeit der Streitverkündung zu begründen, darlegen und ggf. beweisen, dass sich bestimmte abweichende Feststellungen durch das Gericht im Sekundärprozess *sicher* in einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust niederschlagen würden. Hierzu wäre inzident bspw. über die Parallelität der Mangelbegriffe in beiden Rechtsverhältnissen Beweis zu erheben.

Beides hat, soweit ersichtlich, noch niemand vertreten.<sup>209</sup> Es ist vor diesem Hintergrund klar und vom Wortlaut des § 72 Abs. 1 ZPO („erheben zu können glaubt“ bzw. „besorgt“) auch nahegelegt, dass ein weniger strenger Maßstab anzulegen ist. Der Bundesgerichtshof hat dies erkannt und lediglich nicht in der obigen Formel berücksichtigt. Denn er nimmt einen Streitverkündungsgrund schon dann an, wenn und weil für den behaupteten oder besorgten Anspruch und damit für das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts „naheliegende Gründe“<sup>210</sup> bzw. eine „berechtigte Annahme“<sup>211</sup> sprechen.<sup>212</sup>

<sup>207</sup> Oben § 3 I.2. a) (S. 60).

<sup>208</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>209</sup> Auch *Häsemeyer* zieht diesen Schluss aus seiner abstrakten Grundlegung nicht, sondern sieht die Streitverkündung in Regressfällen wohl generell für zulässig an (*Häsemeyer*, ZZP 84 (1971), 179, 185).

<sup>210</sup> BGH NJW 1976, 39, 40; BGH NJW 1978, 643.

<sup>211</sup> BGH VersR 1962, 952; OLG Köln OLGR 2005, 219.



*Mansel* interpretiert diese Formulierungen im Sinne der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO.<sup>213</sup> Dies ist schon deshalb zweifelhaft, weil naheläge, diese bekannte, feststehende Wendung auch zu gebrauchen, würde der Bundesgerichtshof tatsächlich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zum Maßstab machen wollen. Dessen ungeachtet überzeugt der Maßstab einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch in der Sache nicht: *Mansel* begründet ihn mit einer Analogie zu § 71 Abs. 1 Satz 2 ZPO, wonach der Nebenintervenient die Tatsachen glaubhaft zu machen hat, die sein Beitrittsinteresse nach § 66 Abs. 1 ZPO begründen.<sup>214</sup> *Mansel* sieht es geboten, diesen Maßstab auf die Streitverkündung zu übertragen, damit eine Streitverkündung nur dann als zulässig angesehen werden kann, wenn der Dritte dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten kann. An dieser Überlegung ist zutreffend, dass die Streitverkündungswirkung nur dann eintreten darf, wenn der Dritte dem Rechtsstreit hypothetisch als Nebenintervenient hätte beitreten können.<sup>215</sup> Jedoch ist der Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht notwendig, um dies zu gewährleisten: Die Nebenintervention ist in allen Fällen einer zulässigen Streitverkündung ebenfalls zulässig, auch wenn man für erstere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit fordert und für letztere „naheliegende Gründe“ bzw. eine „berechtigte Annahme“ genügen lässt.<sup>216</sup> Denn in allen Fällen einer zulässigen Streitverkündung kann der Dritte durch Unterstützung der Hauptpartei seine Rechtsposition schützen bzw. sichern, indem bei Obsiegen der Hauptpartei entweder bereits der Sekundärprozess obsolet bzw. zumindest unwahrscheinlicher wird oder aber vermieden wird, dass sich das Gericht im Sekundärprozess oder andere Konfliktbeteiligte zum Nachteil des Dritten an den Feststellungen im Primärprozess orientieren.<sup>217</sup> Möglich ist freilich, dass eine Nebenintervention im Zwischenstreit zu Unrecht nach § 71 Abs. 3 ZPO zurückgewiesen wird. Diese Gefahr besteht allerdings unabhängig vom Beurteilungsmaßstab. Der Maßstab einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit würde der Hauptpartei schließlich untragbare Anforderungen stellen, wenn sie einen Anspruch des Dritten besorgt: Die Hauptpartei müsste selbst darlegen, dass dem Dritten ihr gegenüber überwiegend wahrscheinlich ein Anspruch zusteht. Für den Fall eines besorgten Anspruchs wegen mangelhafter Prozessführung müsste die Hauptpartei so selbst die überwiegende Wahrscheinlichkeit ihrer eigenen mangelhaften Prozessführung vortragen.

Der Maßstab „naheliegender Gründe“ bzw. einer „berechtigten Annahme“ ist vor diesem Hintergrund mit der herrschenden Literatur im Sinne einer reinen *Plausibilitätskontrolle* zu verstehen.<sup>218</sup> Damit bleibt festzuhalten: Ein Streitver-

---

<sup>212</sup> Ähnlich BGH NJW 1962, 387 („mit einiger Sicherheit“); OLG Hamm NJW 1994, 203 („die Möglichkeit erwägen kann“).

<sup>213</sup> Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 36, 38. S. zum Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Rahmen der Glaubhaftmachung nur BGH NJW-RR 2011, 136 Rn. 7; BGH NJW-RR 2007, 776, 777.

<sup>214</sup> Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 37.

<sup>215</sup> S. zur Abhängigkeit der Streitverkündungswirkung von der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs des Dritten noch unten § 3 I. 2. c) bb) (1) (S. 79 ff.).

<sup>216</sup> So auch *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 126 f.

<sup>217</sup> S. dazu, dass dieser Umstand nach herrschender Auffassung ein Beitrittsinteresse im Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO begründet, unten § 3 III. 2. a) (S. 111 ff.).

<sup>218</sup> *Zöller/Althammer*, § 72 Rn. 4; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 114; ähnlich *Grunsky*, Taktik im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1996, S. 14 („denkbar erschein[en]“); *Rosenberg/*



kündungsgrund liegt nicht erst dann vor, wenn sich abweichende Feststellungen durch das Gericht im Sekundärprozess sicher oder überwiegend wahrscheinlich in einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust realisieren, wenn die Hauptpartei einen der beiden Prozesse gewinnen *muss*,<sup>219</sup> sondern sobald hierfür eine *plausible Möglichkeit* besteht. Auch im Beurteilungsmaßstab spiegelt sich somit die bisherige Beobachtung wider, dass die Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts außerordentlich stark geschützt werden soll.

cc) Teleologische Korrektur: Kein Eintritt der Streitverkündungswirkung bei ausschließlich vorteilhaften Feststellungen im Primärprozess

Hat das Gericht im Primärprozess die materielle Rechtsposition der Hauptpartei ausschließlich vorteilhaft festgestellt, können sich abweichende Feststellungen im Sekundärprozess nurmehr in einem einfachen Feststellungsverlust realisieren. Ein widersprüchlicher *doppelter* Feststellungsverlust droht der Hauptpartei hingegen nicht (mehr).

Auch bei vollständigem Obsiegen der Hauptpartei im Primärprozess kann Anlass für einen Sekundärprozess bestehen. Wird etwa die Hauptpartei von einem Forderungsprätendenten erfolglos in Anspruch genommen, ist noch immer eine Inanspruchnahme durch einen weiteren Forderungsprätendenten möglich. Oder: V verkauft Präzisionsmessgeräte und wird von seinem Kunden auf Gewährleistung in Anspruch genommen, weil die Messtoleranz zu groß sei. Zwar wird die Klage abgewiesen, weil die Toleranz im mit dem Kunden vereinbarten Maß liegt. Jedoch hat V, um gegenüber seinen Kunden stets einen „Puffer“ zu haben, mit seinem Lieferanten strengere Toleranzen vereinbart. Nachdem über die tatsächliche Messtoleranz der Geräte im Primärprozess Beweis erhoben wurde, möchte V seinen Lieferanten auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises infolge Minderung in Anspruch nehmen.

Ausgehend von der aufgefundenen Bewertung, dass die Streitverkündung die Hauptpartei nicht allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen schützen soll, sondern nur vor dem für verwobene Mehrpersonenkonstellationen spezifischen Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts,<sup>220</sup> wäre es konsequent, die Streitverkündungswirkung bei ausschließlich vorteilhaften Feststellungen im Primärprozess ausnahmsweise anhand einer Betrachtung *ex post* nicht eintreten zu lassen. Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur beurteilt – auch wenn sie im Allgemeinen dieser Interessenbewertung folgt<sup>221</sup> – den Eintritt der Streitverkündungswirkung gleichwohl ohne Rücksicht auf den tatsäch-

---

*Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 51 Rn. 12 („berechtigterweise davon überzeugt“); *MüKo-ZPO/Schultes*, § 72 Rn. 7 („die nicht ganz fernliegende Annahme“).

<sup>219</sup> Ungenau insofern etwa *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 28 f.; *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 227; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 119, die ein zwingendes Obsiegen der Hauptpartei im Sekundärprozess suggerieren.

<sup>220</sup> S. dazu insbesondere oben § 3 I. 2. a) aa) (S. 60 ff.).

<sup>221</sup> S. die Fundstellen oben § 3 I. 2. a) aa) (S. 60 ff.) in Fn. 165.

lichen Prozessausgang.<sup>222</sup> Hierdurch weitet sie den streitverkündungsbedingten Schutz punktuell allgemein auf widersprüchliche Feststellungen aus.

Die Voraussetzungen für eine entsprechende teleologische Reduktion der §§ 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO dürften vorliegen: Die Planwidrigkeit der Regelungslücke gründet darin, dass der historische Gesetzgeber mit der *ex ante* Perspektive vor allem den Schutz des Streitverkündungsempfängers im Blick gehabt haben dürfte.<sup>223</sup> Diese Konstellation betrifft jedoch den umgekehrten Fall, durch nachträgliche Umstände den Nichteintritt der Streitverkündungswirkung zu begründen. Interessen des Dritten stehen dem naturgemäß nicht entgegen. Praktisch wirft der hier vorgeschlagene Weg keine Schwierigkeiten auf, denn in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht im Sekundärprozess über den Eintritt der Streitverkündungswirkung entscheidet, steht bereits endgültig fest, ob der Hauptpartei gegenüber im Primärprozess ausschließlich vorteilhafte Feststellungen ergangen sind. Nach hier entwickelter Auffassung ändert die Beurteilungsperspektive mithin nichts am Zuschnitt der Interessenbewertung auf den Schutz der Hauptpartei vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts.

In der schweizerischen Rechtswissenschaft wurde die Notwendigkeit einer entsprechenden Korrektur des Art. 78 Abs. 1 chZPO, der ebenfalls grundsätzlich eine *ex ante* Perspektive anordnet („Eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet [...]“), erkannt.<sup>224</sup>

### c) Die Tiefe des Schutzes: Die Streitverkündungswirkung

Nach der bislang gewonnenen Erkenntnis soll die Streitverkündung die Hauptpartei umfassend vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts freistellen (und nach Rechtsprechung und herrschender Literatur in einzelnen Punkten auch allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen). Der Streitverkündungsgrund eröffnet den Schutzbereich jedoch bildlich gesprochen zunächst nur „in der Breite“. Inwieweit die Hauptpartei tatsächlich vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust geschützt wird, hängt von Inhalt und Umfang der Streitverkündungswirkung ab:

---

<sup>222</sup> S. etwa BGHZ 65, 127, 131; BGHZ 36, 212, 216 f.; BGH VersR 1962, 952; Zöller/*Althammer*, § 72 Rn. 4; Anders/Gehle/*Bünnigmann*, § 72 Rn. 4; Wiczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 45; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 72 Rn. 6; Musielak/Voit/*Weth*, § 72 Rn. 5; zutreffend noch a.A. RG LZ 1930, 248, 250; RG JW 1913, 32; im Ergebnis zudem Wieser, ZJP 79 (1966), 246, 274 f. (wenn auch begründet mit der abzulehnenden Beschränkung der Streitverkündungswirkung auf sog. interessenparallele Feststellungen, s. dazu noch unten § 3 I. 2. c) bb) (1) (S. 79 ff.).

<sup>223</sup> Vgl. dazu oben § 3 I. 2. b) aa) (S. 68).

<sup>224</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*E. Staehelin/Schweizer*, Art. 77 Rn. 21 ff.; Sutter-Somm, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, Rn. 259; Takei, Streitverkündung, 2005, S. 51 ff.

## aa) Der grundsätzlich umfassende Schutz des § 68 Hs. 1 ZPO

Die Streitverkündungswirkung besteht nach §§ 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO darin, dass „der Nebenintervenient [...] im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört [wird], dass der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei“. Die Streitverkündungswirkung präkludiert den Dritten insofern mit allem Vortrag, der – würde ihn das Gericht im Sekundärprozess seiner Entscheidung zugrunde legen – bedeuten würde, dass der Primärprozess anders hätte entschieden werden müssen (sog. *exceptio male iudicati processus*).<sup>225</sup> Zugleich ordnet § 68 Hs. 1 ZPO, was im Wortlaut nicht zum Ausdruck kommt, im Sinne einer Regelung zur Entscheidungsfindung unmittelbar gegenüber dem im Sekundärprozess zur Entscheidung berufenen Spruchkörper eine Bindung an die tragenden primärgerichtlichen Feststellungen an.<sup>226</sup> Im Ergebnis werden der Entscheidungsfindung im Sekundärprozess so grundsätzlich alle Tatsachenfeststellungen und deren rechtliche Würdigung bindend zugrunde gelegt, die die Entscheidung im Primärprozess tragen.<sup>227</sup>

Der Zuschnitt auf den Rechtsstreit, „wie er dem Richter vorgelegen habe“, beschränkt die Streitverkündungswirkung demgegenüber auf den im Primärprozess entschiedenen Lebenssachverhalt<sup>228</sup> (und nach zutreffender, wenn auch nicht herrschender Auffassung auch auf den Streitgegenstand<sup>229</sup>): Denn nur insoweit droht der Hauptpartei im Sekundärprozess ein widersprüchlicher *doppelter* Feststellungsverlust und nur insoweit hatte der Dritte im Primärprozess Gelegenheit, sich im Rahmen seiner akzessorischen Prozessführungsbefugnis Gehör zu verschaffen. Eine weitergehende Beschränkung geht mit dem Zuschnitt nicht einher.<sup>230</sup>

Demgegenüber versteht Ziegert den Passus so, dass die Richtigkeit der Entscheidung im Primärprozess „allein daran gemessen [wird], ob der Richter den ihm vorgetragenen Prozessstoff in materieller und prozessualer Hinsicht richtig gewürdigt hat.“<sup>231</sup> Die damit verbundene Be-

<sup>225</sup> S. zur Funktion des § 68 Hs. 1 ZPO als Präklusionsnorm gegenüber dem Dritten BGH NJW-RR 1990, 121, 122; R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 117; Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 34; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 17.

<sup>226</sup> BGH NJW 1969, 1480, 1481; OLG Frankfurt MDR 1976, 937; Bischof, JurBüro 1984, 1141, 1141 ff.; Dorpalen, Judicium 5 (1933), 239, 241 f.; Lüke, Beteiligung Dritter, 1993, S. 35 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 1, 88 ff.; K.-P. Martens, ZZP 85 (1972), 77, 84 f.; Schneider, MDR 1961, 3, 3 f.; Wieser, ZZP 79 (1966), 246, 284; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 17 ff.

<sup>227</sup> So die ganz herrschende Auffassung, s. statt vieler BGH NJW 2019, 1748 Rn. 27; BGH NJW 2015, 559 Rn. 20; BGH NJW 2015, 1824 Rn. 6; m. w. N. Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 91; bereits A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 645. Für eine Bindung nur an die nach materiellem Recht „alternierenden Voraussetzungen“ hingegen Häsemeyer, ZZP 84 (1971), 179, 194 f.; Häsemeyer, JR 1988, 69 ff.

<sup>228</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 123.

<sup>229</sup> S. dazu noch sogleich im Text.

<sup>230</sup> So explizit schon A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 645 in Fn. 24.

<sup>231</sup> Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 9.

schränkung der Streitverkündungswirkung auf die im Primärprozess vorgetragenen Tatsachen hätte jedoch zur Konsequenz, dass der Dritte auf die Streitverkündung schlicht nicht reagieren muss und Angriffs- oder Verteidigungsmittel, über die nur er verfügt, noch im Sekundärprozess einführen kann. Um dieses ersichtlich untragbare Ergebnis abzuwenden, müsste man, wie es Ziegert dann auch vornimmt,<sup>232</sup> eine mangelhafte Prozessführung durch die Hauptpartei im Sinne von § 68 Hs. 2 ZPO auch bei schuldloser Nichteinführung von (unbekannten) Angriffs- oder Verteidigungsmitteln annehmen. Dies widerspricht indessen sowohl dem natürlichen Wortsinn als auch dem Verständnis des historischen Gesetzgebers.<sup>233</sup> Zudem sprach schon § 724 des Preußischen Entwurfs davon, dass der Dritte „das Urtheil gegen sich gelten lassen“<sup>234</sup> müsse, und schloss den Dritten daher mit allen Behauptungen aus, die die Richtigkeit des Ergebnisses in Frage stellen und nicht nur die Richtigkeit des Entscheidungsprozesses.<sup>235</sup> Der Norddeutsche Entwurf schließlich wollte mit der Änderung zum heutigen Wortlaut hin lediglich deutlicher von der Rechtskraft abgrenzen.<sup>236</sup>

Hinsichtlich des objektiven Umfangs der Streitverkündungswirkung stellen sich zahlreiche weitere Detailfragen, etwa: Welche Feststellungen sind bei Kumulativbegründungen tragend (bspw., wenn die Entscheidung auf mehrere in freier Konkurrenz stehende Anspruchsgrundlagen gestützt wurde)?<sup>237</sup> Was umfasst die Streitverkündungswirkung bei Alternativbegründungen?<sup>238</sup> Oder: Ist das Gericht im Sekundärprozess auch an Feststellungen zu Sachurteilsvoraussetzungen gebunden?<sup>239</sup> Detailfragen sollen hier jedoch nicht diskutiert werden. Denn zum einen leitet sich ihre Behandlung in der Regel aus der bereits aufgefundenen Teleologie der Streitverkündung ab und zum anderen würden sich hiervon in Einzelheiten abweichende Behandlungen aus der Makroperspektive betrachtet nicht nennenswert auf die Interessenbewertung auswirken. Herausgegriffen sei allein eine Fragestellung, an der zu sehen ist, dass die Rechtsprechung und herrschende Auffassung den streitverkündungsbedingten Schutz auch hinsichtlich der Streitverkündungswirkung teilweise allgemein auf den Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen ausweitet: Ist die Streitverkündungswirkung auf den Streitgegenstand des Primärprozesses beschränkt?

Die Frage wird relevant, wenn im Primärprozess nur eine Teilforderung eingeklagt wurde oder infolge eines Teilurteils nach § 301 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 ZPO rechtskräftig bisher nur über einen Teil der Forderung entschieden ist. An einem Beispiel: K, dessen Holzschneidema-

---

<sup>232</sup> Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 138 ff.

<sup>233</sup> S. zum Begriff der mangelhaften Prozessführung noch unten § 3 I.2.c)bb) (S. 77 ff.).

<sup>234</sup> Motive zum Preußischen Entwurf, S. 186.

<sup>235</sup> Wie hier etwa auch Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 86; Riehm, ZZP 134 (2021), 3, 9.

<sup>236</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 164.

<sup>237</sup> S. dazu Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 100 ff.

<sup>238</sup> S. dazu Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 104 f.

<sup>239</sup> Dies befürwortend etwa Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 168 ff.; a. A. die herrschende Auffassung, s. statt vieler Zöller/Althammer, § 68 Rn. 10; Eibner, Streitverkündung, 1986, S. 119 ff.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 95; Schwanecke, Nebenintervention und Rechtskraftwirkung, 1975, S. 78 ff.

schine kurz nach einer Wartung ausfällt, führt den Defekt auf von der M-GmbH gelieferte und von diesem bei der Wartung in der Maschine verbaute CNC Dreh- und Frästeile zurück. K nimmt die M-GmbH zunächst nur auf Zahlung von 2.000 € des insgesamt erlittenen Schadens i. H. v. 10.000 € klageweise in Anspruch. Die M-GmbH verkündet ihrem Lieferanten L den Streit. Das Gericht verurteilt die M-GmbH gestützt auf die Mangelhaftigkeit der CNC Dreh- und Frästeile. Die M-GmbH nimmt L wegen der 2.000 € klageweise in den Regress und beantragt zugleich dessen Verurteilung zur Freistellung von der Gewährleistung gegenüber K. Im Prozess wendet L ein, die verbauten CNC Dreh- und Frästeile seien makellos und bietet hierfür Beweis an.

Soweit über die materielle Rechtsposition der Hauptpartei im Primärprozess nicht entschieden wurde, droht ihr im Sekundärprozess naturgemäß kein widersprüchlicher *doppelter* Feststellungsverlust. Angesichts dessen wäre es konsequent, die Streitverkündungswirkung immer dann auf den Streitgegenstand des Primärprozesses zu beschränken, wenn dies praktisch umsetzbar<sup>240</sup> ist.<sup>241</sup>

So im Fallbeispiel hinsichtlich der Gewährleistung im Übrigen: Insoweit wurde aufgrund der Beschränkung der Rechtskraft auf die Verpflichtung zur Zahlung von 2.000 € noch nicht entschieden. Der M-GmbH droht daher im Regressprozess gegen L insoweit kein widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust. Freilich könnte die M-GmbH von K noch auf die weiteren 8.000 € in Anspruch genommen werden. Allerdings kann sich die M-GmbH diesbezüglich vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust schützen, indem sie K noch im Regressprozess gegen L den Streit verkündet. Sollte der Primärprozess hinsichtlich des restlichen Betrags schon während der Rechtshängigkeit des Sekundärprozesses „fortgesetzt“ werden, kann die M-GmbH zudem nach § 148 ZPO die Aussetzung des Sekundärprozesses beantragen.<sup>242</sup>

Demgegenüber lehnt die tendenziell überwiegende Literatur<sup>243</sup> eine entsprechende Beschränkung ab und der Bundesgerichtshof „jedenfalls für den Fall [...],

<sup>240</sup> Die Beschränkung der Streitverkündungswirkung erfordert einen nicht immer leicht umsetzbaren Vergleich und dabei eine betragsmäßige Bewertung der Streitgegenstände von Primär- und Sekundärprozess. S. dazu mit Beispielen *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 201; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 279 ff.

<sup>241</sup> Hierfür noch KG JW 1918, 56, 56 f. Zudem ein beachtlicher Teil der Literatur, s. etwa BeckOK-ZPO/Selle, § 68 Rn. 13.1; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 110 ff.; *Gerhardt*, ZJP 108 (1995), 546, 551; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 200 f.; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 154 ff.; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 394 ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 124; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 17; *Schwanecke*, Nebenintervention und Rechtskraftwirkung, 1975, S. 103 ff.

<sup>242</sup> OLG München BeckRS 2019, 29037; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 14593.

<sup>243</sup> *Bischof*, JurBüro 1984, 1141, 1145 f.; *Diedrich*, Interventionswirkung, 2000, S. 156 f.; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 10; *Kempf*, ZJP 73 (1960), 342, 355; *Kittner*, JuS 1986, 624, 627; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 50 Rn. 59; *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 130; eingeschränkt auch *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 280; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 162 ff.; weitere Nachweise bei *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 124 Fn. 393.

daß im Vorprozeß der weitaus größere Teil der Forderung eingeklagt worden ist.“<sup>244</sup> Zur Begründung wird vor allem die Prozessökonomie vorgebracht.<sup>245</sup> Die Bindungswirkung nicht auf den Streitgegenstand zu beschränken, würde vermeiden, dass nur wegen des „überschießenden“ Streitgegenstands sämtliche primärgerichtlichen Feststellungen erneuter Feststellung bedürfen. Es ist jedoch – wie schon mehrfach hervorgetreten – zweifelhaft, ob die Prozessökonomie einen streitverkündungsbedingten Schutz allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen legitimieren kann. Dies wird noch zu hinterfragen sein.<sup>246</sup>

Damit bleibt festzuhalten: Die Streitverkündungswirkung füllt den durch den Streitverkündungsgrund eröffneten Schutzbereich grundsätzlich umfassend aus. Die Hauptpartei wird somit grundsätzlich umfassend vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts geschützt; nach Rechtsprechung und herrschender Literatur zudem teilweise allgemein vom Risiko widersprüchlicher Feststellungen.

#### bb) Die engen Ausnahmen des § 68 Hs. 2 ZPO

Dieser Schutz tritt jedoch in bestimmten Fällen hinter die widerstreitenden Interessen des Dritten zurück: § 68 Hs. 2 ZPO eröffnet dem Dritten in bestimmten Fällen eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung, die sich nach dem Wortlaut<sup>247</sup> stets auf die Behauptung stützen muss, „dass die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe“ (sog. *exceptio male gesti processus* oder auch *exceptio mali processus*<sup>248</sup>). Mangelhaft geführt hat die Hauptpartei den Primärprozess immer dann, wenn sie im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht eingebracht hat, die sie kannte oder hätte kennen müssen, oder wenn sie sonst potenziell erfolgreiche Prozesshandlungen entgegen prozessualer Sorgfalt unterlassen hat (*vice versa* bei für ihre Position schädlichen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln bzw. Prozesshandlungen).<sup>249</sup> Ob der Primärprozess mangelhaft geführt wurde, ist mithin nicht aus der Perspektive

---

<sup>244</sup> BGH NJW 1969, 1480, 1481; BGH VersR 1985, 568, 569; zudem OLG Hamm NJW-RR 1988, 155, 156; OLG Hamm NJW 1994, 203; OLG Celle OLGR 2008, 448 ff. juris Rn. 30; bereits RG JW 1935, 3539 Nr. 10; RG JW 1936, 1966.

<sup>245</sup> Dezidiert BGH NJW 1969, 1480, 1481; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 162 f.

<sup>246</sup> Unten § 31.4. c) (S. 99 ff.).

<sup>247</sup> Zu einer gebotenen teleologischen Korrektur aber noch sogleich § 31.2. c) bb) (1) (S. 79 ff.).

<sup>248</sup> S. Motive, S. 87 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 178; Norddeutsche Protokolle, S. 153; zur Begriffsentstehung Schäfer, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 30, 84 f.

<sup>249</sup> So die herrschende Meinung, die auf ein Verschulden der Hauptpartei abstellt, s. etwa Häsemeyer, ZJP 84 (1971), 179, 192; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 13; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; Musielak/Voit/Weth, § 68 Rn. 6; a. A. Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 9 (darauf wird eingegangen oben § 31.2. c) aa) (S. 75).

einer allwissenden Partei zu beurteilen, sondern aus der Perspektive einer Partei, die den Prozess an Stelle der Hauptpartei optimal führt.

Dieses vom natürlichen Wortsinn getragene Verständnis geht auf die historischen Wurzeln der Streitverkündung zurück: Denn die Figur der *exceptio mali processus* knüpft ausweislich der Entstehungsmaterialien der CPO unmittelbar an die Lehren des Gemeinen Rechts an, in denen sich die Einrede auf das Verschulden (*culpa*) der Hauptpartei gründet.<sup>250</sup>

Der Vorwurf mangelhafter Prozessführung zielt praktisch betrachtet stets darauf ab, dass der Primärprozess unrichtig entschieden sei.<sup>251</sup> Zwar sind Fälle denkbar, in denen mit dem Vorwurf einer mangelhaften Prozessführung nicht zugleich auch eine unrichtige Entscheidung des Primärprozesses behauptet wird.<sup>252</sup>

An einem Beispiel: Das Gericht im Primärprozess vernimmt einen Zeugen der Hauptpartei in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Allerdings unterlässt es die Hauptpartei, im nächsten Termin zur mündlichen Verhandlung darauf gestützt die erneute Vernehmung des Zeugen nach § 398 Abs. 1 ZPO zu beantragen und verliert dadurch ihr Rügerecht.<sup>253</sup> Nach Abschluss der mündlichen Verhandlung erkennt das Gericht seinen Fehler, ordnet die erneute Vernehmung des Zeugen an und führt diese fehlerfrei durch. Das Gericht entscheidet den Primärprozess gleichwohl zulasten der Hauptpartei.

Mit Blick auf den Sekundärprozess ist eine solche mangelhafte Prozessführung ohne praktische Relevanz – der Dritte könnte an ihr nur die folgenlose „Schusseligkeit“ der Hauptpartei exemplifizieren, was ihm nicht zum Prozessgewinn verhilft. Der Dritte hat also nur dann einen Grund, sich auf die mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei zu berufen, wenn die Entscheidung bei hypothetischer, mangelfreier Prozessführung potenziell anders ausgefallen wäre (um dem Dritten keinen kaum möglichen hypothetischen Kausalnachweis aufzuerlegen, genügt hierfür nach einhelliger Auffassung eine plausible Möglichkeit<sup>254</sup>).<sup>255</sup> Die Fälle des

<sup>250</sup> So wird die *exceptio mali processus* im Hannoverschen Entwurf, S. 811 f., anhand der Grundsätze der *culpa* des Gemeinen Rechts entwickelt. Der Norddeutsche Entwurf legt den Hannoverschen Entwurf seiner Beratung (so die Anlage zum Protokoll der I. Sitzung = S. 5 des Entwurfs) sowie das dort referierte Verständnis explizit zugrunde, vgl. Norddeutsche Protokolle, S. 153. S. zur Lehre von der *culpa* im Zusammenhang von Streitverkündung und Nebenintervention eingehend Schäfer, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 54 ff., 103.

<sup>251</sup> Anders/Gehle/Bünnigmann, § 68 Rn. 8; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 17; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 19; Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 9.

<sup>252</sup> Andersherum bedeutet eine unrichtige Entscheidung nicht zugleich auch eine mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei, denn selbst bei optimaler Prozessführung ist es möglich, dass das Primärgericht – für die Hauptpartei nicht zu verhindern – Fehler bei der Tatsachenfeststellung oder ihrer rechtlichen Würdigung macht (s. dazu auch Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 9).

<sup>253</sup> S. zum Verlust des Rügerechts nach § 295 Abs. 1 ZPO in diesem Fall OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 22423 Rn. 137; BeckOK-ZPO/Bacher, § 295 Rn. 5.6; Zöller/Greger, § 398 Rn. 2.

<sup>254</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1471, 1472; BeckOK-ZPO/Selle, § 68 Rn. 19; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 19; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 176.



§ 68 Hs. 2 ZPO stellen somit Ausnahmen von der *exceptio male iudicati processus* nach § 68 Hs. 1 ZPO dar.<sup>256</sup> Der Dritte kann der Streitverkündungswirkung allerdings nicht schon eine bloße (einfache<sup>257</sup>) mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei entgehen. Hinzutreten muss einer von zwei Ausschlussgründen:

(1) § 68 Hs. 2 Var. 1 und 2 ZPO

Nach § 68 Hs. 2 Var. 1, 2 ZPO ist die Streitverkündungswirkung bei mangelhafter Prozessführung ausgeschlossen, soweit das rechtliche Gehör des Dritten beschränkt wurde. Eine Gehörsbeschränkung ist entweder durch die Lage des Rechtsstreits möglich (vgl. § 67 Satz 1 Hs. 1 ZPO) oder durch Prozesshandlungen der Hauptpartei (vgl. § 67 Satz 1 Hs. 2 a.E. ZPO). Der Ausschlussgrund beruht auf dem Gedanken, dass die Streitverkündungswirkung den Rechtsschutz effektiv teilweise auf den Primärprozess verlagert. Dann aber muss sich der Dritte dort auch unbeschränkt rechtliches Gehör verschafft haben können.<sup>258</sup>

Dass der Wortlaut des § 68 Hs. 2 ZPO darüber hinaus stets eine mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei fordert, hat eine zweifelhafte Konsequenz: Wenn für die Rechtsposition des Dritten im Primärprozess vorteilhafter Vortrag für die Hauptpartei nachteilig ist, wird der Dritte regelmäßig an einem entsprechenden Vortrag gehindert sein. Denn seine Prozessführungsbefugnis ist auf die Unterstützung der Hauptpartei beschränkt (vgl. § 66 Abs. 1 ZPO).<sup>259</sup> Für die Hauptpartei nachteiliger Vortrag ist daher entweder schon *ipso iure* oder jedenfalls aufgrund ihres Widerspruchs nach § 67 Satz 1 Hs. 2 a.E. ZPO unbeachtlich. Gleichwohl ist die Einrede nach § 68 Hs. 2 Var. 2 ZPO in solchen Fällen nicht eröffnet, da eine mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei nicht im Raum steht.<sup>260</sup> Dieses Ergebnis wird einhellig als korrekturbedürftig angesehen. Umstritten ist jedoch, auf welche Weise eine Korrektur vorzunehmen ist.

---

<sup>255</sup> Anders/Gehle/Bünnigmann, § 68 Rn. 8; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; Riehm, ZJP 134 (2021), 3, 9; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 19. § 724 des Preußischen Entwurfs hat dies noch zum Ausdruck gebracht: „Der Nebenintervenient muß die in dem Rechtsstreite ergangenen Urtheile [...] wider sich gelten lassen, insoweit nicht Erklärungen und Anträge, mit welchen er in Gemäßheit des §. 722. nicht gehört worden ist, einer dieser Partei günstigeren Entscheidung herbeigeführt haben würden.“

<sup>256</sup> BeckOK-ZPO/Selle, § 68 Rn. 14; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 13; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 50 Rn. 64; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 19; Musielak/Voit/Weth, § 68 Rn. 6; a. A. Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 12 ff., 138 ff.; ohne Begründung Wieser, ZJP 79 (1966), 246, 283 f.

<sup>257</sup> S. dazu unten § 3 I. 2. c) bb) (2) (S. 82).

<sup>258</sup> S. dazu allgemein BGH NJW-RR 2006, 1312 Rn. 13; Motive zum Preußischen Entwurf, S. 186; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 144; Wieser, ZJP 79 (1966), 246, 262 f.

<sup>259</sup> S. dazu näher unten § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.).

<sup>260</sup> Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 23 f.; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 12.



In der Literatur wird verbreitet verlangt, die Streitverkündungswirkung von vornherein auf primärgerichtliche Feststellungen zu beschränken, die sowohl für die Rechtsposition der Hauptpartei als auch für diejenige des Dritten günstig sind (sog. interessenparallele Feststellungen).<sup>261</sup> Dies ist abzulehnen. Denn einerseits ist bei „interessenkonträren“ Feststellungen das rechtliche Gehör des Dritten nicht zwangsläufig beschränkt. Zur Illustration soll das folgende Fallbeispiel nach BGH NJW 2021, 1242 ff. dienen:

Die E-AG ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem sich Bürogebäude befinden. Mit der Verwaltung des Grundstücks hat sie umfassend die Verwalterin V-GmbH beauftragt. Die V-GmbH wendet sich zur Vermittlung von Mietverträgen an den Makler M, der erfolgreich Mietverträge vermittelt. Über den Abschluss des Maklervertrags, die Vertretungsmacht der V-GmbH sowie deren Handeln für die E-AG bestehen jedoch Streit. M macht nun gerichtlich Provisionsansprüche wegen der Vermittlung der Mietverträge gegen die E-AG geltend und verkündet der V-GmbH in diesem Prozess den Streit. Die V-GmbH tritt auf die Streitverkündung hin der E-AG als Nebenintervenientin bei. Das Gericht weist die Klage des M mit der Begründung ab, dass sich die V-GmbH und M auf den Abschluss eines Maklervertrags geeinigt hätten, jedoch die V-GmbH nicht die erforderliche Vertretungsmacht hatte.

Würde man die Streitverkündungswirkung auf interessenparallele Feststellungen beschränken, wäre die V-GmbH im Sekundärprozess nicht am Vortrag gehindert, dass sie sich mit M nicht auf den Abschluss eines Maklerauftrags geeinigt hätte. Denn die Feststellung über den Abschluss des Maklerauftrags ist lediglich für M vorteilhaft, nicht aber für die V-GmbH. Der Bundesgerichtshof hat einen entsprechenden Vortrag (der V-GmbH) gleichwohl zutreffender Weise nicht gehört.<sup>262</sup> Denn aufgrund ihres Beitritts auf der Gegenseite war es der V-GmbH möglich, die Einigung über den Abschluss des Maklervertrags zu bestreiten. Ihr rechtliches Gehör war somit – trotz interessenkonträrer Feststellung – nicht beschränkt.

Andererseits ist, wie von *Ziegert* dargelegt, auch bei einer Bindung nur an interessenparallele Feststellungen das rechtliche Gehör des Dritten nicht sicher gewahrt.<sup>263</sup> Zur Illustration sei davon ausgegangen, dass die V-GmbH auf die Streitverkündung hin M beigetreten ist und zugunsten ihrer Position vortragen möchte, dass sie – wenn sie auch möglicherweise keine Vertretungsmacht für die E-AG hatte – bei Abschluss des Maklerauftrags jedenfalls mit Vertretungsmacht für die Y-AG gehandelt habe, welche das Grundstück samt der Bürogebäude von der E-AG

<sup>261</sup> Begründet von *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179; *Häsemeyer*, NJW 1978, 1165; *Häsemeyer*, JR 1988, 69; zustimmend *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 147 f.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 118 ff.; *Schwanecke*, Nebenintervention und Rechtskraftwirkung, 1975, S. 46 ff., 66 ff. Dies wird auch in der schweizerischen Literatur vertreten, vgl. *BaslerKo-chZPO/Frei*, Art. 80 Rn. 3; *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 155 ff.; *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Takei*, Art. 80 Rn. 11.

<sup>262</sup> BGH NJW 2021, 1242 Rn. 56.

<sup>263</sup> *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 135 ff.

zur gewerblichen Weitervermietung gepachtet habe.<sup>264</sup> Dieser Vortrag ist der V-GmbH im Primärprozess nicht möglich, weil er dem Sachantrag von M zuwiderlaufen würde. Auch wenn der Abschluss des Maklervertrags an sich eine interessenparallele Feststellung ist, wäre das rechtliche Gehör der V-GmbH bei einer Bindung an die Feststellung des Primärgerichts, die E-AG und die V-GmbH hätten einen Maklerauftrag geschlossen (nur eben ohne Vertretungsmacht der V-GmbH), somit nicht vollständig gewahrt.

Die Streitverkündungswirkung ist vor diesem Hintergrund nicht auf interessenparallele Feststellungen zu beschränken. Stattdessen ist ausreichend und zugleich geboten, dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu eröffnen, soweit dessen rechtliches Gehör im Primärprozess beschränkt wurde; § 68 Hs. 2 Var. 1, 2 ZPO ist insoweit teleologisch zu reduzieren.<sup>265</sup> Da die Einrede nicht auf eine mangelhafte Prozessführung abzielt, könnte man sie zur Abgrenzung als *exceptio inaudita alterae partis* betiteln.

Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion liegen vor:<sup>266</sup> Bis in die Zeit der Entstehung der CPO war die Streitverkündung regelmäßig nur zulässig, wenn der Dritte seine Angriffs- und Verteidigungsmittel noch zur vollständigen Beachtung in den Primärprozess einbringen konnte.<sup>267</sup> Mit § 735 des Preußischen Entwurfs von 1864<sup>268</sup> kam sodann die Neuerung, dass die Zulässigkeit der Streitverkündung zeitlich nicht limitiert ist, sondern die Streitverkündung grundsätzlich jederzeit in erster oder zweiter Instanz erklärt werden kann. §§ 724, 736 des Entwurfs<sup>269</sup> schließen die Bindungswirkung nach § 724 des Entwurfs jedoch – unabhängig von einer mangelhaften Prozessführung der Hauptpartei – aus, soweit das rechtliche Gehör des Dritten beschränkt war. Die Motive führen hierzu aus: „Die Beurtheilung ändert sich aber, wenn die unterstützte Partei den Intervenienten verhindert hat, sich vollständiges Gehör zu verschaffen.“<sup>270</sup> Im Preußischen Entwurf ist das rechtliche Gehör des Dritten als Grenze der Streitverkündungswirkung somit zur allgemeinen Grenze der Streit-

---

<sup>264</sup> Abwandlung angelehnt an das Fallbeispiel 16 bei *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 135 f. Dieses geht wiederum zurück auf OLG Bamberg OLGZ 1979, 209 ff. sowie *Bischof*, JurBüro 1984, 969.

<sup>265</sup> So auch *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 106; *Kittner*, JuS 1986, 624, 627 f. Für eine amtswegig berücksichtigte Einschränkung des Umfangs der Streitverkündungswirkung BGH NJW 1998, 79, 80; BGHZ 100, 257, 262 f.; BGH NJW 1982, 281, 282; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 137 f.

<sup>266</sup> In der Literatur wurde dies, soweit ersichtlich, noch nicht untersucht.

<sup>267</sup> S. zum römischen Recht eingehend *Fuchs*, Litisdenuuntiation, 1855, § 10 S. 75 ff.; zum Gemeinen Recht *Maxen*, ZCP 21 (1864), 365, 402; aus den Partikulargesetzen bis Mitte des 19. Jahrhunderts etwa § 117 der Badischen Prozessordnung von 1831 und Art. 70 der Bayerischen Prozessordnung von 1869.

<sup>268</sup> § 735 des Entwurfs lautet: „Die Streitverkündung ist zulässig, solange der Proceß im ersten oder zweiten Rechtszuge anhängig ist.“, Preußischer Entwurf, S. 178.

<sup>269</sup> § 736 des Entwurfs lautet: „Insoweit jedoch der Dritte durch Verspätung der Streitverkündung verhindert war, von einem Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu Gunsten des Streitverkünders Gebrauch zu machen, kann sich dieser ihm gegenüber auf die im Prozesse ergehende Entscheidung nicht berufen.“, Preußischer Entwurf, S. 178.

<sup>270</sup> Motive zum Preußischen Entwurf, S. 186.

verkündungswirkung erhoben. In den Beratungen zum Norddeutschen Entwurf wurde von diesem Verständnis nicht abgerückt.<sup>271</sup>

## (2) § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO

Schließlich steht dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu, wenn die Hauptpartei den Primärprozess *qualifiziert* mangelhaft geführt hat: Diese muss Angriffs- oder Verteidigungsmittel mindestens grob fahrlässig nicht geltend gemacht haben, d. h. entweder unter Missachtung jeder prozessualen Sorgfalt<sup>272</sup> in Unkenntnis über vorteilhafte Angriffs- oder Verteidigungsmittel gewesen sein oder ihr bekannte grob fahrlässig nicht in den Prozess eingeführt haben (wobei Kenntnis insoweit in aller Regel grobe Fahrlässigkeit begründen wird<sup>273</sup>). Zusätzlich darf der Dritte keine Kenntnis von den nicht geltend gemachten Angriffs- oder Verteidigungsmitteln gehabt haben.<sup>274</sup>

Der reine Vorwurf mangelhafter Prozessführung und damit also der Vorwurf, die Hauptpartei habe das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts selbstverschuldet geschaffen, eröffnet demnach nur in Extremfällen eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung. Es drängt sich insofern die Frage auf, welche Wertungen diese stark zugunsten der Hauptpartei ausfallende Interessenabwägung legitimieren könnten.<sup>275</sup>

## cc) Subjektiver Umfang der Bindungswirkung

In den bisherigen Ausführungen wurde der streitverkündungsbedingte Schutz in Gemäßheit mit dem Wortlaut des § 68 Hs. 1 ZPO („Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Hauptpartei [...] nicht gehört“) nur auf die Hauptpartei bezogen. Im wissenschaftlichen Diskurs wird demgegenüber zunehmend vertreten, dass sich auch der Dritte auf die Wirkung (der von der Hauptpartei erklärten) Streitverkündung berufen können muss.<sup>276</sup> Zur Begründung wird vor allem auf die prozessuale

<sup>271</sup> Im Gegenteil war den Kommissionsmitgliedern das rechtliche Gehör des Dritten als begrenzendes Korrektiv ausweislich der Beratungen bewusst, s. Norddeutsche Protokolle, S. 152 f.

<sup>272</sup> Anders/Gehle/Bünnigmann, § 68 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 153.

<sup>273</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 153.

<sup>274</sup> Fahrlässige Unkenntnis, auch grobe, schadet dem Dritten ausweislich des Wortlauts nicht. So auch Anders/Gehle/Bünnigmann, § 68 Rn. 11; Stein/Jacoby, § 68 Rn. 16; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 153; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 22; bereits Hellwig, CPR Bd. 2, 1907, § 137 S. 515 Fn. 110; zudem Endemann, CPR, 1878, S. 343; a. A. allerdings Wieser, ZZP 79 (1966), 246, 264.

<sup>275</sup> S. zu dieser Frage unten § 3 I. 4. (S. 94 ff.).

<sup>276</sup> Doppen, Judicium 5 (1933), 239 ff.; Fervers, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 219 ff.; Diedrich, Interventionswirkung, 2000, S. 146 ff.; Gerhardt, ZZP 108 (1995), 546, 551; Gottwald, FS K. Schmidt, 2019, S. 357, 359 f.; Häsemeyer, JR 1988, 69, 70; Häsemeyer, ZZP 84 (1971), 179, 198 f.; Hellwig, CPR Bd. 2, 1907, § 137 S. 515 (unter unzu-

Waffengleichheit verwiesen:<sup>277</sup> Wenn der Dritte durch die Streitverkündungswirkung schon zur Unterstützung im Primärprozess gedrängt wird und sich die tragenden Feststellungen als unangreifbare Tatsachen- und Rechtslage entgegenhalten lassen muss, dann soll er sich gegenüber der Hauptpartei zumindest ebenfalls auf diese Lage berufen können.<sup>278</sup> *Wertungsmäßig* überzeugt diese Ansicht.

Soweit es darum geht, das Fundament für die in dieser Arbeit untersuchte Rechtsfortbildung zum Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu bilden, ist jedoch die Rechtslage *de lege lata* maßgeblich. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 68 Hs. 1 ZPO müssten daher die Voraussetzungen für eine Analogie erfüllt sein – was auch die Vertreter dieser Ansicht nahezu einhellig zugeben.<sup>279</sup> Dies ist jedoch nicht der Fall: Denn die vermeintliche darin bestehende Regelungslücke, dass die Bindungswirkung nicht zugunsten des Dritten wirkt, ist schon nicht planwidrig. Der historische Gesetzgeber hat die Streitverkündungs- und Interventionswirkung bewusst nur zugunsten der Hauptpartei ausgestaltet. Um dies nachvollziehen zu können, ist der Blick auf den Entstehungsprozess der CPO von 1879 zu richten. Zu Beginn der Kodifikationsarbeiten in der Mitte des 19. Jahrhunderts normierten bereits einige Partikulargesetze eine Streitverkündungs- und/oder Interventionswirkung.<sup>280</sup> Zwar waren die meisten von ihnen noch nicht besonders scharf formuliert

treffender Berufung auf RGZ 54, 350, 354 f.); *Jacoby*, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 26 ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 141 f.; *F. Peters*, ZZZ 123 (2010), 321, 326 u. 340; *Schack*, FS Geimer I, 2002, S. 611, 614 Fn. 21; *Schack*, ZZZ 129 (2016), 393, 413; *Schneider*, MDR 1961, 3, 3 ff.; *Stahl*, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 139 ff.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 182 ff.; in der Tendenz auch *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 157 ff.; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 341 ff.

<sup>277</sup> Aus den Fundstellen in der vorangehenden Fn. besonders hervorhebend *Diedrich*, Interventionswirkung, 2000, S. 149; *Gerhardt*, ZZZ 108 (1995), 546, 551; *Häsemeyer*, JR 1988, 69, 70 f.; *Stein/Jacoby*, § 68 Rn. 20; *Jacoby*, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 29; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 342; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 142; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 189.

<sup>278</sup> Deziert *Häsemeyer*, JR 1988, 69, 70.

<sup>279</sup> *Häsemeyer*, ZZZ 84 (1971), 179, 198; *Häsemeyer*, JR 1988, 69, 70; *Hellwig*, CPR Bd. 2, 1907, § 137 S. 515; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 142; *Stahl*, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 141; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 183; wohl auch *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 228; *Stein/Jacoby*, § 68 Rn. 20; a. A. nur *Dorpale*, Judicium 5 (1933), 239, 244; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 157; *Schober*, Drittbeteiligung im Zivilprozess, 1990, S. 73.

<sup>280</sup> So bspw. die Hannoversche ABPO von 1847 in § 22 bzw. – nahezu identisch im Wortlaut – die Hannoversche BPO von 1850 in § 36 (Interventionswirkung): „In beiden Fällen verbindet die rechtskräftige Entscheidung der Sache sowohl den Intervenienten, wie den, welchem er beigetreten ist.“, abgedruckt in *Dahlmanns*, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, 1971 ff., Bd. 1, S. 371. Zudem die Preussische AGO von 1816, die zwar noch keine Interventionswirkung, jedoch in § 19 des siebenzehnten Titels eine Streitverkündungswirkung normiert hatte: „Eine Wiederholung der einmal gehörig geschehenen und richtig insinuirten Litisdenuciation oder Adcitation ist in keinem Falle erforderlich; und die im Hauptprozesse ergehenden Judikate sind gegen den Adcitaten dergestalt gültig, daß er bei dem hiernächst an ihn zu nehmenden Regresse mit keinen Gründen, Allegaten oder Einwendungen, welche auf die streitig gewesene Hauptsache Beziehung ha-

und nahmen hinsichtlich der Bindungswirkung teilweise auf die Rechtskraft Bezug,<sup>281</sup> sodass sie einer Bindungswirkung zugunsten des Dritten durchaus geöffnet erscheinen. In den Lehren des Gemeinen Rechts, die sowohl für die Auslegung der Partikulargesetze als auch für den Kodifikationsprozess von herausragender Bedeutung waren,<sup>282</sup> wurde die Bindungswirkung allerdings ausschließlich zugunsten der Hauptpartei wirkend verstanden.<sup>283</sup> Die Vor- und Entstehungsarbeiten der CPO von 1879 haben den Schutz des Dritten sodann explizit diskutiert: Bereits die Motive zum Preußischen Entwurf stellen die Belange der Hauptpartei sowie des Dritten gegenüber und erachten den Dritten dadurch genügend geschützt, dass er sich gegen die Bindungswirkung mit dem Einwand mangelhafter Prozessführung verteidigen kann. Zudem werfen die Beratungen zum Norddeutschen Entwurf, auf dem die finale Gesetzesvorlage von 1874 in Betreff der Drittbeteiligungsinstitute weitgehend unverändert beruht,<sup>284</sup> die Frage auf, ob der Verfahrensgegner von der Interventionswirkung begünstigt sein soll.<sup>285</sup> Die Frage wurde verneint und damit der zur heutigen Bestimmung nahezu identische Wortlaut beschlossen („Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Partei, welcher er beigetreten ist, mit der Behauptung, daß nicht richtig entschieden sei, nicht gehört [...]“<sup>286</sup>). Ob sich auch andere Personen als die Hauptpartei auf die Streitverkündungs- bzw. Interventionswirkung berufen können sollen, war durch den historischen Gesetzgeber somit nicht unbedacht. Diejenigen Stimmen, die aber gerade dies behaupten,<sup>287</sup> stützen sich lediglich auf die insoweit nichtssagenden Motive der Reichstagskommission von 1874 und lassen damit außer Acht, dass die Weichen bereits mit den Vorentwürfen gestellt wurden – allen voran mit dem Norddeutschen Entwurf. Gegen die Planwidrigkeit spricht schließlich auch die jüngere Geschichte: Die Frage nach einer analogen Anwendung des § 68 Hs. 1 ZPO wurde schon kurz nach Inkrafttre-

---

ben, weiter gehört werden kann. [...]“. Schließlich auch §§ 108, 113 der Badischen PO von 1831, abgedruckt in *ders.*, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, 1971 ff., Bd. 3, S. 18 ff.

<sup>281</sup> S. die vorangehende Fn. sowie *Brauer*, AcP 24 (1841), 423, 449, 451; *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft, 1900, S. 396 f.; eingehend zur Historie *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 77, 98 f.

<sup>282</sup> S. dazu *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 66 ff., 96.

<sup>283</sup> *Fuchs*, Litisdenuntiation, 1855, S. 98; *Maxen*, ZCP 21 (1864), 365, 395 ff.; *Osterloh*, Gemeines Recht, 1856, S. 538 f.

<sup>284</sup> S. dazu das Vorwort zur Begründung des Entwurfs der Reichstagskommission von 1874, S. 3 unter 3) = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 111 sowie *Endemann*, CPR, 1878, S. 28.

<sup>285</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 153: „Ein anderes Mitglied [...] wünscht jedoch die Entscheidung der Frage, [...] inwieweit auch der Gegner des Intervenienten und Intervenent gegen ersteren Rechte erlange – was besonders für die Litisdenuntiation von Interesse sei.“

<sup>286</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 164.

<sup>287</sup> *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 228 mit Fn. 36; *Stein/Jacoby*, § 68 Rn. 20; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 183 f.

ten der CPO von 1879 in Rechtsprechung und Literatur diskutiert.<sup>288</sup> Gleichwohl hat der zeitgenössische Gesetzgeber eine Bindungswirkung zugunsten des Dritten nicht angeordnet (weder in der – nicht Gesetz gewordenen – auch das Streitverkündungsrecht betreffenden „Beschleunigungsnovelle“<sup>289</sup> von 1969 noch im Rahmen des 2. Justizmodernisierungsgesetzes von 2006<sup>290</sup>).

Vor diesem Hintergrund lässt sich die (vermeintliche) Gesetzeslücke, nicht als planwidrig, sondern allein als bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers verstehen, die Bindungswirkung nur zugunsten der Hauptpartei anzuordnen.<sup>291</sup> Mit der (noch) herrschenden Meinung ist daher davon auszugehen, dass sich der Dritte *de lege lata* nicht auf die Streitverkündungs- bzw. Interventionswirkung des § 68 Hs. 1 ZPO berufen kann.<sup>292</sup>

Die herrschende Auffassung versagt der Hauptpartei jedoch, sich im Sinne einer „Rosinentheorie“ auf die ihr günstigen tragenden Feststellungen im Primärprozess zu berufen, ohne auch die weiteren ihr ungünstigen tragenden Feststellungen gegen sich gelten lassen zu müssen.<sup>293</sup> Zur Begründung bringt Martens vor, dass der Umfang der günstigen Feststellungen regelmäßig nicht ohne Berücksichtigung auch der ungünstigen Feststellungen zu bestimmen sei.<sup>294</sup> Daran trifft zu, dass sämtliche Feststellungen des Primärgerichts durch einen durchgehenden gedanklichen Würdigungsprozess verzahnt sind. Es ist dennoch denkbar, nachträglich – und gerade so würde es das Sekundärgericht vornehmen – die einzelnen Begründungselemente wieder voneinander in günstig und ungünstig zu separieren. Die Begründung liegt im Kern woanders: Durch eine Bindung nur an die der Hauptpartei günstigen Feststellungen erhielt diese ein „Zufallsgeschenk“, das über den Schutz vor dem für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Risiko hinausgeht. Es lägen

<sup>288</sup> RGZ 54, 354 ff.; *Hellwig*, CPR Bd. 2, 1907, § 137 S. 515; *Dorpalen*, Judicium 5 (1933), 239 ff.; noch vor den Novellen auch *Schneider*, MDR 1961, 3, 7 f.

<sup>289</sup> BT-Drs. VI/790, S. 35 ff.

<sup>290</sup> 2. Justizmodernisierungsgesetz vom 22. Dezember 2006, BGBl. I S. 3416, 3421.

<sup>291</sup> So im Ergebnis auch MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 10.

<sup>292</sup> Grundlegend BGHZ 100, 257, 260; zudem BGH NJW 2019, 1748, 1750 Rn. 28; BGH NJW 2015, 1824, 1825; BGH NJW 1997, 2385, 2386; BGH NJW 1987, 2874; bereits RG Recht 1914, 1703; Zöller/*Althammer*, § 68 Rn. 6; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 68 Rn. 7.1; *Eibner*, Streitverkündung, 1986, S. 9 f., 73 ff., 86; *Eibner*, JurBüro 1988, 281, 283; *Fenn*, JZ 1987, 1035, 1036; *Kittner*, JuS 1986, 624, 627; *Köckert*, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 27; *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 82 Fn. 16; *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 132 ff.; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 9; *Schwanecke*, Nebenintervention und Rechtskraftwirkung, 1975, S. 109 ff.; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 644 f.; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 288 ff.; *Wieser*, ZJP 112 (1999), 439, 440 f.; s. für zahlreiche weitere Nachweise *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 220 f. Fn. 13.

<sup>293</sup> S. etwa BGH NJW 2019, 1748, 1750 Rn. 29; BGH NJW-RR 1989, 766, 767; Zöller/*Althammer*, § 68 Rn. 6; *Bischof*, JurBüro 1984, 1141, 1150; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 68 Rn. 8; *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 82 Fn. 16; *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 135; MüKo-ZPO/Schultes, § 68 Rn. 13.

<sup>294</sup> *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 82 Fn. 16.

somit keine gewichtigen Positionen zugunsten der Hauptpartei auf der Waagschale. Vor diesem Hintergrund gebietet es die prozessuale Chancen- oder Waffengleichheit, eine Bindungswirkung nur einheitlich hinsichtlich sämtlicher Feststellungen im Primärprozess anzunehmen. Die Hauptpartei kann sich somit nur ganz oder gar nicht auf die Bindungswirkung berufen.<sup>295</sup>

#### *d) Zwischenfazit und Verhältnis zu den widerstreitenden Interessen des Dritten*

Die vorstehende Untersuchung hat zu Tage gebracht, dass die Streitverkündung die Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust – auf einer Skala von überhaupt keinem bis hin zu vollständigem Schutz – *äußerst stark*<sup>296</sup> schützt (und nach Rechtsprechung und herrschender Literatur in vereinzelt Punkten auch allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen): Denn der Hauptpartei steht die Streitverkündung in sämtlichen Fällen zur Verfügung, in denen das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts besteht.<sup>297</sup> Und die Streitverkündungswirkung stellt die Hauptpartei grundsätzlich umfassend von dem Risiko frei.<sup>298</sup> Die Interessen des Dritten überwiegen nach der gesetzgeberischen Abwägung lediglich in Fällen, in denen das rechtliche Gehör des Dritten im Primärprozess beschränkt war und/oder in denen die Hauptpartei das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts in einer besonders qualifizierten Weise selbstverschuldet mitverursacht hat.<sup>299</sup> Die Stärke des Schutzes wird greifbar, wenn man sich vor Augen führt, welche Interessen des Dritten hierfür auf der Waagschale abgewogen werden und weitgehend zurücktreten:

#### *aa) Zurücktreten des Gerichtsstandsinteresses*

Vollständig tritt das Gerichtsstandsinteresse des Dritten zurück: Denn die Zulässigkeit der Streitverkündung hängt allein davon ab, dass ein Streitverkündungsgrund besteht und sich die Hauptpartei also in der für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Notlage befindet. Hingegen setzt der Eintritt der Streitverkündungswirkung weder die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Primärgerichts dafür voraus, über das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei zu

<sup>295</sup> Deziert schon RGZ 153, 271, 274. Im Hinblick auf diesen Zuschnitt der Streitverkündungswirkung überzeugt die von *F. Peters*, ZZP 123 (2010), 321, 345 geäußerte Auffassung nicht, § 68 ZPO sei verfassungswidrig (in diese Richtung auch *Schack*, ZZP 129 (2016), 393, 413). Wie hier *Wieser*, ZZP 112 (1999), 439, 440 f.

<sup>296</sup> S. dazu, dass die widerstreitenden Interessen in dieser Untersuchung verbal kardinal bewertet werden, oben § 2 III. 1. b) (S. 46 ff.).

<sup>297</sup> S. zur Untersuchung oben § 3 I. 2. a) (S. 59 ff.).

<sup>298</sup> S. zur Untersuchung oben § 3 I. 2. c) aa) (S. 74 ff.).

<sup>299</sup> S. zur Untersuchung oben § 3 I. 2. c) bb) (S. 77 ff.).



entscheiden,<sup>300</sup> noch denselben Rechtsweg im Primär- bzw. Sekundärprozess.<sup>301</sup> Dies gilt nach dem erklärten Verständnis des historischen Gesetzgebers ebenfalls, wenn der Primärprozess an einem von den Verfahrensparteien *gewählten* Gerichtsstand geführt wird.<sup>302</sup> Ferner muss das Gericht im Primärprozess auf europäischer Ebene (Art. 65 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 EuGVVO) sowie nach ganz herrschender Auffassung auch im autonomen Bereich (§ 328 ZPO) keine internationale Zuständigkeit über das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei besitzen, sodass die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung ausländischer Zivilprozesse in einem deutschen Sekundärprozess anzuerkennen ist.<sup>303</sup> An diese Überlegung wird anzuknüpfen sein, wenn der Frage nachgegangen wird, ob eine Streitverkündung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO für ihre Wirksamkeit wertungsmäßig die Zustimmung des Dritten voraussetzt.<sup>304</sup>

#### bb) Beeinträchtigung des Interesses an einer richtigen Entscheidung

In der weiteren Konsequenz daraus, dass die sachliche Zuständigkeit des Primärgerichts für das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei nicht notwendig ist, kann der Dritte hinsichtlich der Streitverkündung einer abstrakt betrachtet *weniger wahrscheinlich richtigen Entscheidung* ausgesetzt sein. So ist die Streitverkündung zunächst im Verfahren der neu geschaffenen Abhilfeklage oder der Musterfeststellungsklage gegenüber anderen als den dort genannten Verbrauchern möglich (vgl. § 13 Abs. 2 VDUG *ex negativo*).<sup>305</sup> Durch die Streitverkündungswirkung wird der Dritte – etwa der Lieferant des mit der Verbandsklage beklagten Unternehmens – an die erstinstanzlich vom Oberlandesgericht (vgl. § 3 Abs. 1 VDUG) getroffenen Feststellungen gebunden. Die Streitverkündung schneidet ihm im Umfang der Streitverkündungswirkung folglich jedenfalls die Berufungsinstanz ab (vgl. § 16 Abs. 5 bzw. § 42 VDUG). Ähnliches gilt für eine Streitverkündung, die

---

<sup>300</sup> S. statt vieler Stein/Jacoby, § 72 Rn. 8; Mansel, ZJP 109 (1996), 61, 62; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 80.

<sup>301</sup> BSG NJW 2012, 956, 957; eingehend Häsemeyer, ZJP 107 (1994), 231, 234 ff.; zudem Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 83a; a.A. in einem *obiter dictum* BGHZ 123, 44, 48.

<sup>302</sup> Motive, S. 68 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 162.

<sup>303</sup> Bernstein, FS Ferid I, 1978, S. 75, 87; Braksiek, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 142 ff.; Geimer, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2820 Fn. 188; MüKo-ZPO/Gottwald, § 328 Rn. 182; Götze, Vouching In, 1993, S. 146 f.; Koch, ZVglRWiss 85 (1986), 11, 57; Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 148; Mansel, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 75 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 35; Martiny, HdB IZVR, 1984, Rn. 702; Milleker, ZJP 80 (1967), 288, 306; Schack, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 1082; Taupitz, ZJP 102 (1989), 288, 314; a.A. nur Hoffmann, IPRax 1982, 217, 221; Hoffmann/Hau, RIW 1997, 89, 91 f.; W. Wilhelm, Niemeyer's Zeitschrift 1933–1934, 105, 135.

<sup>304</sup> S. dazu unten § 4 I. 2. a) (S. 140 ff.).

<sup>305</sup> S. zur Musterfeststellungsklage nur Waßmuth/Asmus, ZIP 2018, 657, 663.



im Ausgangsrechtsstreit zu einem KapMuG-Verfahren erklärt wird:<sup>306</sup> Die Streitverkündungswirkung im Ausgangsverfahren bindet den Dritten mittelbar auch an die vom Oberlandesgericht (vgl. § 118 GVG) getroffenen Feststellungen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 KapMuG) und beschränkt seinen Instanzenzug auf die Rechtsbeschwerde (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG). Zudem können die Parteien eines Zivilprozesses nach dem zum 1. April 2025 in Kraft getretenen Justizstandort-Stärkungsgesetz *erstinstanzlich* einen Commercial Court als Senat bei den Oberlandesgerichten oder einem Obersten Landesgericht wählen (§ 119b Abs. 2 GVG) und damit den Instanzenzug effektiv auf eine Instanz beschränken.<sup>307</sup> Die Hauptpartei verliert dadurch weder die Möglichkeit, den Streit zu verkünden, noch ist eine Beschränkung der Streitverkündungswirkung vorgesehen. Der Streitverkündungsempfänger hat lediglich ein Recht auf einen Dolmetscher, wenn das Verfahren vor dem Commercial Court in englischer Sprache geführt wird (vgl. § 184a Abs. 4 GVG).<sup>308</sup>

Schließlich gibt es Anhaltspunkte dafür, dass schon der historische Gesetzgeber eine Streitverkündung bei herabgesetzter Richtigkeitskontrolle für wirksam erachtet hat. Denn die Motive zum Entwurf der Reichstagskommission von 1874 führen aus, dass die Parteien des Primärprozesses das Amtsgericht – unabhängig von dessen sachlicher Zuständigkeit – prorogieren (§ 38 CPO von 1879) und dadurch den Instanzenzug um die Revision beschneiden können (vgl. § 507 CPO von 1879).<sup>309</sup> In derselben Passage heißt es unmittelbar darauffolgend, dass diese Prorogation auch für Streitverkündungsempfänger und Nebenintervenient bindend sein soll.<sup>310</sup>

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass die Rechtsordnung dem Dritten eine entsprechende Beeinträchtigung seines Interesses an einer richtigen Entscheidung *jedenfalls zu einem gewissen Grad* aufbürdet. Dies ist eine für die hier untersuchte Rechtsfortbildung wichtige Beobachtung, denn die Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO würde die Richtigkeitsgewähr infolge der auf die Aufhebungsklage nach § 1059 ZPO beschränkten Richtigkeitskontrolle erheblich herabsetzen.<sup>311</sup>

<sup>306</sup> S. zur Zulässigkeit der Streitverkündung in diesem Verfahren (und zur Unzulässigkeit im KapMuG-Verfahren selbst) nur BGH NJW 2017, 3718 Rn. 6; Vorwerk/Wolf/Kotschy, § 11 Rn. 18.

<sup>307</sup> S. dazu etwa Riehm, ZIP 2023, 1561, 1563; Riehm/Q. Thomas, NJW 2022, 1725, 1730; R. Wolff, SchiedsVZ 2023, 209, 211.

<sup>308</sup> S. dazu näher unten § 5 II. 2. a) (S. 251 ff.).

<sup>309</sup> Motive, S. 67 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 161; zudem Puchelt, CPO Bd. 2, 1878, S. 351 Fn. 1.

<sup>310</sup> Motive, S. 68 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 162: „Daß die prorogatio fori auch für Nebenintervenienten und Litisdenunzianten bindend ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Diese Personen sind Nebenpersonen im Prozesse; ein Recht auf Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gerichte steht ihnen nicht zu.“ Zudem Puchelt, CPO Bd. 1, 1877, S. 261.

<sup>311</sup> Hieran anknüpfend unten § 4 III. (S. 167 ff.).

### cc) Berücksichtigung nur der vorgenannten Interessen

Die Existenz und Berücksichtigung weiterer Interessen des Dritten ist durchaus denkbar.

Etwa ein mit der Interventions- bzw. Streitverkündungswirkung konfligierendes Interesse des Dritten daran, den seine Rechtsstellung berührenden Primärprozess autonom, insbesondere nach eigener Prozesstaktik führen zu können. Ein dahingehendes Interesse soll jedoch offensichtlich nicht geschützt werden, wie § 68 Hs. 2 Var. 1 und 2 ZPO zu erkennen gibt, indem die Bindungswirkung lediglich von der Gewährung rechtlichen Gehörs abhängig gemacht wird, die Verfahrensherrschaft der Hauptpartei jedoch unangetastet bleibt. Ein dahingehendes Interesse liegt der gesetzgeberischen Interessenbewertung daher im Sinne des oben herausgebildeten Interessenbegriffs bereits nicht zugrunde.<sup>312</sup>

Vor diesem Hintergrund werden als widerstreitende Interessen des Dritten in dieser Untersuchung – unter Inkaufnahme einer gewissen Verkürzung – nur das *Gerichtsstandsinteresse* und das *Interesse an einer richtigen Entscheidung* berücksichtigt, da diese der gesetzgeberischen Abwägung ausweislich des gesetzlichen Tatbestands und der Entstehungsmaterialien im Wesentlichen zugrunde liegen.

## 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente

Neben der Streitverkündung kennt das Zivilprozessrecht einige weitere Instrumente, die in verwobenen Mehrpersonenkonflikten zur Anwendung gelangen und die Hauptpartei in bestimmten Fällen vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts schützen können. Wie im Folgenden zu zeigen ist, führen diese Instrumente aus der Makroperspektive betrachtet allerdings zu keinem (nennenswert) höheren Schutz:

### a) Isolierte Drittwiderklage

Im deutschen Zivilprozess besteht in bestimmten Fällen<sup>313</sup> die Möglichkeit zur isolierten Drittwiderklage, d. h. aus einem laufenden Verfahren heraus Klage gegen einen Dritten zu erheben, sodass diese grundsätzlich gemeinsam mit dem Rechtsstreit der Verfahrensparteien verhandelt und entschieden wird.<sup>314</sup> Eine solche Klage hat enormes Potenzial, die Hauptpartei vor dem für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Risiko zu schützen.

---

<sup>312</sup> Vgl. dazu oben § 2 III. 1. a) bb) (S. 45).

<sup>313</sup> S. dazu sogleich im Text.

<sup>314</sup> S. zur dogmatischen Konstruktion eingehend und m. w. N. Riehm/Bucher, ZVP 123 (2010), 347, 354.

Dies sei anhand der Streitverkündungsklage des schweizerischen Rechts illustriert, die die Zweiparteienstruktur zugunsten eines Mehrparteienprozesses aufbricht<sup>315</sup> und im Prinzip eine bei bestehendem Streitverkündungsgrund eröffnete isolierte Drittwiderklage darstellt: Nach Art. 81 Abs. 1 chZPO kann die Hauptpartei den bei Unterliegen im Primärprozess behaupteten oder besorgten<sup>316</sup> Regressanspruch<sup>317</sup> gegen bzw. durch den Dritten klageweise zum Gegenstand des Primärprozesses (im Folgenden auch „Hauptklage“) hinzuverbinden. In der Folge wird über Haupt- und Streitverkündungsklage grundsätzlich einheitlich verhandelt und entschieden.<sup>318</sup> Die Streitverkündungsklage ist unabhängig von prozessökonomischen Erwägungen zwingend zuzulassen (vgl. zum Zulassungsverfahren Art. 82 chZPO), wenn ein Grund nach Art. 81 Abs. 1 chZPO vorliegt.<sup>319</sup> Erachtet das Gericht die gemeinsame Verhandlung für nicht sachdienlich, weil sich der Hauptprozess erheblich zu verzögern droht, ist es nach Art. 82 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. Art. 125 chZPO darauf verwiesen, die beiden Verfahren zu trennen oder den Streitverkündungsprozess auf bestimmte Rechtsbegehren zu beschränken. In Regressfällen kann die Hauptpartei somit bewirken, dass derselbe Spruchkörper über die Haupt- und Streitverkündungsklage entscheidet. Wie bereits gesehen, ist das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts in diesem Fall praktisch ausgeschlossen.<sup>320</sup> Die Streitverkündungsklage schützt die Hauptpartei daher noch ein kleines Stück umfassender als die Streitverkündung.

<sup>315</sup> DikeKo-chZPO/Göksu, Art. 81 Rn. 1; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 4; Lehmann, SZP 2016, 549, 553; BernerKo-chZPO/Zuber/Gross, Art. 81 Rn. 3. Als „Gesamtverfahren“ bezeichnend Botschaft chZPO BBl 2006 7221, S. 7284.

<sup>316</sup> Über den Wortlaut hinaus sind nach herrschender Auffassung in analoger Anwendung auch sämtliche Regressansprüche des Dritten gegen die Hauptpartei erfasst, vgl. P. Fischer/J. Lieder, ZZPInt 16 (2011), 219, 231; Frei, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess, 2004, S. 113 ff.; BaslerKo-chZPO/Frei, Art. 81 Rn. 16; BernerKo-chZPO/Zuber/Gross, Art. 81 Rn. 34; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 97 ff.; Klett/Iyes, HAVE/REAS 2013, 310, 311; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Schwander, Art. 81 Rn. 19; a.A. Droese, SZP 2010, 305, 308; DikeKo-chZPO/Göksu, Art. 81 Rn. 12.

<sup>317</sup> Eine Ausdehnung der Streitverkündungsklage auf die Konstellation der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft wird hingegen abgelehnt, vgl. Dätwyler, Drittbeteiligung, 2005, S. 126; BaslerKo-chZPO/Frei, Art. 81 Rn. 24; DikeKo-chZPO/Göksu, Art. 81 Rn. 9; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 78 f.

<sup>318</sup> BGE 139 III 67 Rn. 2.1; DikeKo-chZPO/Göksu, Art. 81 Rn. 1; BernerKo-chZPO/Zuber/Gross, Art. 81 Rn. 19; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 4; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Schwander, Art. 81 Rn. 11.

<sup>319</sup> BGE 139 III 67 Rn. 2.3; Droese, SZP 2010, 305, 312; P. Fischer/J. Lieder, ZZPInt 16 (2011), 219, 232; DikeKo-chZPO/Göksu, Art. 81 Rn. 11; Grolimund, Staehelin/Staehelin/Grolimund ZPR Schweiz, 3. Aufl., 2019, S. 202; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 164 ff.; Klett/Iyes, HAVE/REAS 2013, 310, 313; a.A. (für Ermessen aus prozessökonomischen Gründen) KG ZG SZP 2012, 97 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Schwander, Art. 82 Rn. 16.

<sup>320</sup> Oben § 3 I. 1. a) (S. 55 ff.). Dies aus der schweizerischen Literatur hervorhebend P. Fischer/J. Lieder, ZZPInt 16 (2011), 219, 229; Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 207 ff.; Schwander, ZZZ 2007, 353, 371.

Dasselbe Potenzial hat eine isolierte Drittwiderklage. Grundsätzlich ist eine isolierte Drittwiderklage jedoch unzulässig,<sup>321</sup> insbesondere da ihre generelle Zulässigkeit der historischen Entscheidung für einen Zweiparteienprozess und damit gegen eine Streitverkündungsklage widerspricht würde<sup>322</sup>. Von diesem Grundsatz wurden bisher nur vereinzelte Ausnahmen gemacht: Für die Drittwiderklage gegen den Zedenten einer Forderung<sup>323</sup> und für die Drittwiderklage gegen einen Mitgesellschafter, soweit der Entscheidungsausspruch diesem gegenüber im Verfahren gegen die klagende Gesellschaft präjudiziell ist.<sup>324</sup> Übertragbar sollte dies (wegen der funktionalen Nähe zur Zession) schließlich auch auf eine Widerklage gegenüber dem Rechtsinhaber im Prozess gegen den Prozessstandschafter sein.<sup>325</sup> Die isolierte Drittwiderklage hat daher in ihrem gegenwärtigen Anwendungsbereich keine Bedeutung für den Schutz vor dem für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Risiko.<sup>326</sup> Ihr Anwendungsbereich lässt sich *de lege lata* auch nicht auf einen Schutz vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts erweitern. Denn der historische Gesetzgeber hat eine Streitverkündungsklage (damals noch „Rückklage“ oder in Anlehnung an das französische Recht „Garantieklage“) explizit abgelehnt.

Im Preußischen Entwurf (§§ 745 ff.) und im Norddeutschen Entwurf (§§ 108 ff.) war die Streitverkündungsklage noch neben der Streitverkündung vorgesehen (nicht aber im früheren Hannoverschen Entwurf<sup>327</sup>). Der Preußische Justizministerialentwurf von 1871 ließ das Instrument der Streitverkündungsklage dann jedoch endgültig fallen.<sup>328</sup> Die Kommissionsmitglieder erachteten durch die Streitverkündungsklage die Interessen der Hauptpartei als zu einseitig bevorzugt.<sup>329</sup> Insbesondere sahen sie das Gerichtsstandsinteresse des Dritten über Gebühr beeinträchtigt, wenn und weil sich dieser sich durch die Rückklage nicht „nur“ hinsichtlich der Streitverkündungswirkung, sondern hinsichtlich seiner gesamten Rechtsbeziehung zur Hauptpartei ggf. vor einem unzuständigen Gericht einlassen müsse.<sup>330</sup> Zudem er-

---

<sup>321</sup> S. statt vieler BGHZ 228, 1, 8 ff.; BGHZ 147, 220, 221 f.; BGH NJW 2019, 1610 Rn. 18; Putzo, NJW 1950, 500; Riehm, JZ 2007, 1001, 1003; Riehm/Bucher, ZJP 123 (2010), 347, 354; Schneider, MDR 1998, 21, 24; Zöller/Schultzky, § 33 Rn. 26; Uhlmannsiek, MDR 1996, 114.

<sup>322</sup> S. zu dieser Entscheidung des historischen Gesetzgebers unten im Text.

<sup>323</sup> S. nur BGHZ 228, 1, 9; BGHZ 147, 220 ff.; BGH NJW 2007, 1753 f.; BGH NJW 2019, 1610 ff.

<sup>324</sup> BGHZ 91, 132, 134 f.

<sup>325</sup> S. etwa Leifeld, ZJP 126 (2013), 509, 517 ff.; Riehm, JZ 2007, 1001, 1003; Riehm/Bucher, ZJP 123 (2010), 347, 354 Fn. 30; Rüßmann, AcP 172 (1972), 520, 548 ff.; Schumann, FS Musielak I, 2004, S. 457, 483 f.; Zöller/Schultzky, § 33 Rn. 26.

<sup>326</sup> S. auch Elsing, FS Wegen, 2015, S. 615, 622 Fn. 61.

<sup>327</sup> Vgl. die Entscheidung dagegen in Hannoversche Protokolle, S. 827.

<sup>328</sup> Motive zum Preußischen Justizministerialentwurf, S. 276 ff.

<sup>329</sup> Die Motive zum Preußischen Entwurf, S. 189 f., sowie die Norddeutschen Protokolle, S. 166 ff., heben die mit der Streitverkündungsklage geschützten Interessen der Hauptpartei dagegen noch als schutzwürdiger hervor.

<sup>330</sup> Motive zum Preußischen Justizministerialentwurf, S. 277.

achtete man die durch die gemeinsame Verhandlung von Haupt- und Rückklage drohende Verfahrensverzögerung gegenüber dem Verfahrensgegner als nicht gerechtfertigt.<sup>331</sup> Auch sah man die Gefahr, die Rückklage bei Obsiegen der Hauptpartei unnötigerweise administriert zu haben.<sup>332</sup>

Nach der Wertungsentscheidung der deutschen Rechtsordnung ist eine allgemeine Streitverkündungsklage demnach ausgeschlossen. Sie kommt folglich auch nicht als Instrument zur Fortbildung des Schiedsverfahrens nach §§ 1025 ff. ZPO in Betracht.

### *b) Hauptintervention nach §§ 64f. ZPO*

Die Hauptintervention hat für den Schutz des hier untersuchten Interesses keine Bedeutung. Zum einen steht die Hauptintervention dem Verfahrensdritten zur Verfügung und zum anderen ist die materiellrechtliche Lage in den von ihr erfassten Fällen gleichgeordnet.

An einem Beispiel: Uhrenliebhaber A klagt gegen B auf Herausgabe einer Uhr. B verteidigt sich gegen die Klage des A, da er selbst das Eigentum an der Uhr behauptet. Während des Prozesses taucht C auf, der ebenfalls der Meinung ist, ihm stehe das Eigentum an der Uhr zu. C erhebt Hauptintervention gegen A und B.

Es wäre daher gerade nicht widersprüchlich, wenn der Hauptintervenient mit beiden Klagen durchdringt oder abgewiesen wird. Im Übrigen ist die Hauptintervention auch innerhalb ihres Anwendungsbereichs praktisch ohne Relevanz,<sup>333</sup> da weder der Interventionsprozess Rechtskraftwirkung für den Erstprozess hat noch umgekehrt,<sup>334</sup> und auch keine innerprozessuale Bindung nach § 318 ZPO eintritt.

### *c) Gläubigerstreit nach § 75 ZPO*

Demgegenüber erfasst das Instrument des Gläubigerstreits nach § 75 ZPO den Schutz vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts in der Konstellation der alternativen Gläubigerschaft. Es gibt der Hauptpartei eine spezielle Form der Streitverkündung an die Hand: Wird gegen die Hauptpartei eine Forderung eingeklagt, die noch eine weitere Person für sich behauptet, und bestreitet die Hauptpartei die Berechtigung der Forderung nicht (ist also nur über die Person des Gläubigers in Unsicherheit), kann die Hauptpartei dem weiteren vermeintlichen

<sup>331</sup> Motive zum Preußischen Justizministerialentwurf, S. 277.

<sup>332</sup> Motive zum Preußischen Justizministerialentwurf, S. 277 f.

<sup>333</sup> Mit dieser Einschätzung etwa BeckOK-ZPO/Selle, § 64 Rn. 2; Fuchs, JW 45 (1916), 1449, 1449 Fn. 1; Koussoulis, ZJP 100 (1987), 211, 212 m. w. N.; Musielak/Voit/Weth, § 65 Rn. 1; als „lebenden Leichnam“ bezeichnend Stein, Tagung der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer, 1922, S. 46, 78.

<sup>334</sup> Allgemeine Auffassung, s. statt vieler Stein/Jacoby, § 64 Rn. 25; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 64 Rn. 54; so schon Hannoversche Protokolle, S. 709; Heim, Hauptintervention, 1907, S. 87 f.

Gläubiger den Streit verkünden. Hinterlegt sie zudem den Forderungsbetrag, wird die Hauptpartei sodann aus dem Rechtsstreit entlassen und dieser zwischen den beiden Forderungsprätendenten fortgeführt – mit dem ausgewechselten Streitinhalt der Berechtigung am *depositum*.<sup>335</sup> Die Gefahr doppelter Inanspruchnahme des Schuldners besteht in diesem Fall trotz fehlender Rechtskraft des Prätendentenstreits<sup>336</sup> gegenüber der Hauptpartei nicht, weil die Hauptpartei durch die Hinterlegung beider Prätendenten gegenüber befreit ist (§ 378 BGB). Vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts wird also bereits nach materiellem Recht freigestellt.

Einen zusätzlichen Schutz schafft das Instrument des Gläubigerstreits allerdings nicht (mehr). Denn seit der *de lege lata* gesicherten Erweiterung der Streitverkündung auf die Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft<sup>337</sup> ist die Hauptpartei in der vom Gläubigerstreit erfassten Konstellation schon durch die Streitverkündungswirkung geschützt. Im Übrigen ist auch der Gläubigerstreit praktisch nahezu bedeutungslos.<sup>338</sup> Zum oben beschriebenen Verfahren kommt es nur, wenn die Hauptpartei die Berechtigung der Forderung nicht bestreitet *und* sich der Zweitprätendent auf ein Verfahren am Gerichtsstand des Erstprozesses einlässt (vgl. den Wortlaut „und tritt der Dritte in den Streit ein“). Wenn die Hauptpartei die Berechtigung der Forderung nicht bestreitet, wird sie aber regelmäßig schon die Klage des Erstprätendenten vermeiden wollen, um keine Prozesskosten zu veranlassen.<sup>339</sup> In der Praxis hat sich daher etabliert, dass die Hauptpartei in der Schuldnerrolle den Forderungsbetrag präventiv hinterlegt und die Forderungsprätendenten ihre Berechtigung in einem vorgeschalteten Feststellungsprozess klären (der freilich keine Rechtskraft gegenüber der Hauptpartei in der Schuldnerrolle entfaltet).<sup>340</sup>

#### d) Urheberbenennung nach §§ 76f. ZPO

Zusätzlichen Schutz kann der Hauptpartei indessen das Instrument der Urheberbenennung bieten. Der Urheberbenennung (nachfolgend an § 76 ZPO demonstriert<sup>341</sup>) liegt die Konstellation zugrunde, dass die Hauptpartei als unmittelbare Besitzerin von einem Eigentumsprätendenten – typischerweise auf Herausgabe –

<sup>335</sup> S. zu den Einzelheiten Wieczorek/Schütze/Mansel, § 75 Rn. 58 ff.

<sup>336</sup> Zöller/Althammer, § 75 Rn. 4; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 75 Rn. 67; a. A. (Rechtskraft auch gegenüber dem ausgeschiedenen Schuldner) MüKo-ZPO/Schultes, § 75 Rn. 15; Musielak/Voit/Weth, § 75 Rn. 5.

<sup>337</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. a) cc) (S. 64 ff.).

<sup>338</sup> Mit dieser Einschätzung etwa Wieczorek/Schütze/Mansel, § 75 Rn. 9; § 75 ZPO gar als „lebenden Leichnam“ bezeichnend Stein, Tagung der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtler, 1922, S. 46, 78.

<sup>339</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel, § 75 Rn. 9.

<sup>340</sup> Vgl. etwa RGZ 7, 418; BGH NJW-RR 1987, 1439; BGH NJW-RR 1992, 252; BGH NJW-RR 1992, 1151.

<sup>341</sup> Für die Urheberbenennung nach § 77 ZPO gilt Entsprechendes.

verklagt wird und für den Fall ihres Unterliegens einen Anspruch des mittelbaren Besitzers aufgrund einer Haftung aus dem Besitzmittlungsverhältnis und infolge der Herausgabe der Sache an den obsiegenden Eigentumsprätendenten besorgt.

An einem Beispiel: Autohändler V erwirbt einen Oldtimer und vermietet diesen an M. Eines Tages erscheint jedoch K und verklagt M auf Herausgabe des Oldtimers mit der Behauptung, ihm sei der Oldtimer gestohlen worden. M fragt sich, wie er auf die Situation reagieren soll.

In der Konstellation der Urheberbenennung besteht stets auch ein Streitverkündungsgrund nach § 72 Abs. 1 ZPO, sodass die Hauptpartei in dem bereits ermittelten Umfang vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts geschützt ist. Allerdings geht die Urheberbenennung nach § 76 Abs. 2 ZPO über diesen Schutz noch ein kleines Stück hinaus: Denn § 76 Abs. 2 ZPO begründet einen vollständigen Haftungsausschluss hinsichtlich einer möglichen Haftung der Hauptpartei aus dem Besitzmittlungsverhältnis wegen der Herausgabe der Sache an den Kläger. Die Hauptpartei wird also so gestellt, als wäre sie – trotz optimaler Prozessführung – zur Herausgabe verurteilt worden.<sup>342</sup> Der Schutz des § 76 Abs. 2 ZPO geht damit insofern weiter als derjenige der Streitverkündungswirkung, als er lückenlos ist und gegen ihn keine Einreden nach § 68 Hs. 2 ZPO möglich sind.<sup>343</sup> Aus der Makroperspektive betrachtet ist der zusätzliche Schutz gleichwohl marginal – nicht zuletzt, da der Anwendungsbereich der Urheberbenennung eine Spezialkonstellation betrifft, die in der Praxis fast nie vorkommt.<sup>344</sup>

#### 4. Die der Interessenbewertung zugrunde liegenden Wertungen

Die Streitverkündungswirkung bürdet dem Dritten das Feststellungsrisiko im Primärprozess auf<sup>345</sup> und stellt die Hauptpartei insoweit vom Feststellungsrisiko im Sekundärprozess frei. Infolge dieser Risikoverteilung ist die Hauptpartei, wie gesehen, in ihrem Interesse an der Freistellung vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts äußerst stark geschützt – das widerstreitende Gerichtsstandsinteresse des Dritten tritt im Gegenzug grundsätzlich vollständig zurück und sein Interesse an einer richtigen Entscheidung darf jedenfalls zu einem gewissen Grad beeinträchtigt werden.<sup>346</sup> Auf welchen Wertungen beruht diese Interessenabwägung?

<sup>342</sup> Stein/Jacoby, § 76 Rn. 14; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 76 Rn. 43; MüKo-ZPO/Schultes, § 76 Rn. 7.

<sup>343</sup> Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 226; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 76 Rn. 43.

<sup>344</sup> Insofern Wieczorek/Schütze/Mansel, § 76 Rn. 5: „Die Vorschrift sollte ersatzlos gestrichen werden.“ Eingehend zudem Picker, FS Flume Bd. I, 1978, S. 649, 710 ff., 722 ff.

<sup>345</sup> S. auch Riehm, ZZP 134 (2021), 3, 10 f. (dort als „Prozessrisiko“ bezeichnet).

<sup>346</sup> S. dazu oben § 31.2. d) (S. 86 ff.).



a) Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der Hauptpartei in ihrer Notlage

Vorrangig erklärt sich die Risikoverteilung aus der gesetzgeberischen Interessenbewertung selbst, denn diese ist immer auch selbst Wertung und von Rechtsprinzipien nicht determiniert, sondern nur abwägungslenkend vorgezeichnet.<sup>347</sup> Die Hauptpartei wird in ihrer für verwobene Mehrpersonenkonstellationen spezifischen Notlage also für besonders schutzwürdig erachtet: Schutzwürdig davor, dass ihre materiellrechtliche Rechtsposition infolge eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts (potenziell) zu Unrecht aberkannt bzw. nicht zuerkannt wird. Die Rechtsordnung erachtet es mit anderen Worten als besonders unerträglich, wenn die Hauptpartei in Primär- und Sekundärprozess in widersprüchlicher Weise *überhaupt nicht* durchdringt, obwohl die materiellrechtliche Lage und/oder Tatsachenlage ein *entweder-oder* vorgibt.<sup>348</sup> Zwingend ist diese Bewertung freilich nicht: Für die Hauptpartei steht ebenso nur ein „einfacher“ Rechtsverlust auf dem Spiel wie für den Dritten infolge einer „einfachen“ unrichtigen Entscheidung.<sup>349</sup> Der Unterschied liegt allein darin, dass der Rechtsverlust der Hauptpartei auf zwei sich widersprechenden Feststellungen beruht – der Rechtsverlust des Dritten hingegen nur auf einer „singulär“ unrichtigen Entscheidung.

Verliert die Hauptpartei beispielsweise in einer Vertretungskonstellation aufgrund widersprüchlicher Feststellungen über die Vertretungsmacht sowohl gegen den vermeintlichen Vertragspartner (hinsichtlich ihrer Klage auf Erfüllung) als auch gegen den Dritten (hinsichtlich seiner Haftung aus § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB), ist abstrahiert betrachtet derselbe Rechtsverlust eingetreten, wie wenn der Dritte bei „einfacher“ falscher Verneinung seiner Vertretungsmacht im Primärprozess aufgrund der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess in die Haftung genommen wird.

Auch steht dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts *de lege lata* und nach herrschender Auffassung<sup>350</sup> theoretisch auch die Aussicht auf

<sup>347</sup> S. dazu oben § 2 III.2. (S. 49 ff.) sowie F. Bydliński, System und Prinzipien, 1996, S. 37 ff.; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 477 f.; Riesenhuber, System und Prinzipien, 2003, S. 16; Weinberger, Norm und Institution, 1988, S. 96.

<sup>348</sup> Deziert Hagemeyer, ZJP 84 (1971), 179, 185 f.; Hagemeyer, JR 1988, 69; Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 27 ff. Zur Schutzwürdigkeit der Hauptpartei in ihrer Notlage zudem allgemein BGH NJW 2012, 674 Rn. 12; BGH NJW 2010, 3576 Rn. 20; BGH NJW 2009, 1488 Rn. 29; BGH NJW 2008, 519, 520; BGH WM 1997, 1755, 1757; BGHZ 100, 257, 262; BGH NJW 1989, 521, 522; BGHZ 116, 95, 100; Zöller/Althammer, § 72 Rn. 1; BeckOK-ZPO/Selle, § 72 Rn. 2; Eibner, Streitverkündung, 1986, S. 28; Eibner, JurBüro 1988, 150, 151 f.; Hagemeyer, ZJP 84 (1971), 179, 184 ff.; Stein/Jacoby, § 72 Rn. 2; Laumen, FS Baumgärtel, 1990, S. 281, 282 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 74; Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1621; A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 653; Muielak/Voit/Weth, § 72 Rn. 1; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 34, 119.

<sup>349</sup> Darauf hinweisend bereits Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 27 ff.

<sup>350</sup> Nach hier entwickelter Auffassung tritt die Streitverkündungswirkung hingegen nicht ein, wenn über die materiellrechtliche Rechtsposition der Hauptpartei im Primärprozess ausschließlich vorteilhafte Feststellungen ergangen sind, s. dazu oben § 3 I.2. b) cc) (S. 72 f.).



einen widersprüchlichen doppelten Feststellungsgewinn gegenüber<sup>351</sup> (man denke etwa daran, dass die Hauptpartei gegen zwei nach materiellem Recht alternative Schuldner ihr Glück versucht). Mag dieser Umstand auch eine punktuelle Neubestimmung der Streitverkündungswirkung erfordern, ist dessen ungeachtet die gesetzgeberische Wertungsentscheidung anzuerkennen, die Hauptpartei vor dem für verwobene Mehrpersonenkonflikte spezifischen Risiko zu schützen. Sie entspricht im internationalen Vergleich einem verbreiteten Gerechtigkeitsverständnis.<sup>352</sup>

### b) Die Maßgabe des Verantwortlichkeitsprinzips

Der weiteren Betrachtung sei folgendes Fallbeispiel zugrunde gelegt: Hersteller C verkauft Handwerker B Holzbretter, die zum Eindecken einer Terrasse verwendet werden. B verwendet die Holzbretter für die Terrasse, die er für seinen Kunden A zu errichten hat. Als die Terrasse nach einigen Monaten beginnt, morsch zu werden, verklagt A den B auf Gewährleistung wegen behaupteter Mangelhaftigkeit der Holzbretter. Tatsächlich beruht das Morschen der Bretter jedoch darauf, dass Spengler S die Dachrinne nicht sichtbar schief angebracht hat und sie daher sporadisch im Bereich über der Terrasse überläuft (was im Abnahmeprotokoll gegenüber A auch aufgeführt wird). Dies wissen jedoch – ohne einen Sorgfaltsverstoß – weder B noch C. B verkündet C den Streit. Das Gericht verurteilt B gestützt auf die Mangelhaftigkeit der Bretter antragsgemäß zur Gewährleistung gegenüber A. B nimmt C klageweise in Regress. Im Verlauf dieses Prozesses wird C von einem befreundeten Bauträger zufällig über den „Pfusch des S“ informiert und bestreitet unter Stütze auf das Abnahmeprotokoll seine Regresspflicht gegenüber B.

Die Streitverkündung verlagert prinzipiell ein *neutrales*, weil aus der Struktur der Streitbeilegung folgendes Risiko. Dies wird im obigen Fallbeispiel deutlich: Das durch die Streitverkündungswirkung von B auf C verlagerte Risiko, dass das Gericht im Regressprozess zwischen B und C im Widerspruch zum Primärgericht die Mangelfreiheit der Bretter feststellt, ist eine Konsequenz insbesondere aus der Zweiparteienstruktur und des beschränkten Umfangs der Rechtskraftwirkung.<sup>353</sup> Die Sentenz *casum sentit dominus* steht dieser Risikoverlagerung nicht entgegen. Zwar hat sonach grundsätzlich jeder das Risiko einer Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen selbst zu tragen.<sup>354</sup> Jedoch sagt *casum sentit dominus*, sofern man

<sup>351</sup> Darauf hinweisend etwa *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 227; *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 186.

<sup>352</sup> Mit einer Übersicht zu Rechtsordnungen, die eine Streitverkündung oder ein vergleichbares Instrument aufweisen, *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 30; *Milleker*, ZJP 80 (1967), 288, 290 Fn. 7, 296 Fn. 33; *Taupitz*, ZJP 102 (1989), 288, 298 f. In anglo-amerikanischen Zivilprozessen gibt es mit dem *vouching in* ein der Streitverkündung sehr ähnliches Instrument, s. dazu noch eingehend unten § 41.2. a) aa) (S. 140 ff.).

<sup>353</sup> S. dazu einleitend oben § 3 I. 1. (S. 54 ff.).

<sup>354</sup> S. statt vieler *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 116 ff.; *BeckOGK-BGB/Looschelders*, § 254 Rn. 4; *BeckOGK-BGB/S. A. Martens*, § 313 Rn. 104.

ihm überhaupt wertenden Gehalt zuschreiben möchte,<sup>355</sup> nicht mehr, als dass es einer Begründung bedarf, wenn ein anderer als der Inhaber des beeinträchtigten Interesses die Folgen der zufälligen Beeinträchtigung tragen soll.<sup>356</sup>

Abwandlung: Zunächst wie im obigen Fallbeispiel. Jedoch hatte A gegenüber B während der Montage der Terrasse beiläufig von dem „Pfusch am Bau“ des S erzählt. B erinnert sich zwar noch grob an das Gespräch mit A, stellt jedoch keine weiteren Nachforschungen über die Folgen der unsachgemäßen Montage der Dachrinne an. C weiß von alledem – ohne Sorgfaltsverstoß – nichts und rätselt, wie seine Bretter so schnell morsch werden können. Das Gericht verurteilt B gestützt auf die Mangelhaftigkeit der Bretter antragsgemäß zur Gewährleistung gegenüber A. B nimmt C klageweise in Regress. Während dieses Prozesses wird C von einem befreundeten Bauträger über den „Pfusch des S“ informiert und bestreitet unter Stütze auf das Abnahmeprotokoll seine Regresspflicht gegenüber B.

Hat die Hauptpartei das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts, wie im Fallbeispiel, durch ihre mangelhafte Prozessführung selbstverschuldet mitverursacht, kann die streitverkündungsbedingte Risikoverteilung jedoch nicht mehr mit ihrer Schutzwürdigkeit begründet werden. Denn das *Verantwortlichkeitsprinzip* gebietet, die Verantwortlichkeit für Risiken nur dann einer anderen Person als dem Inhaber des beeinträchtigten Interesses zuzuweisen, als die Realisierungsfolgen nicht zugleich auf einer Verhaltensweise beruhen, *mit der der Inhaber das beeinträchtigte Interesse unter Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vernachlässigt*.<sup>357</sup>

Prominenten Niederschlag findet das Verantwortlichkeitsprinzip in § 254 BGB.<sup>358</sup> Im Zivilprozessrecht findet sich das Verantwortlichkeitsprinzip bspw. in dem das Kostenrecht beherrschenden Veranlasserprinzip wieder.<sup>359</sup>

Auch die Schöpfung der Streitverkündung und der Nebenintervention war vom Verantwortlichkeitsprinzip bzw. seinem Vorgänger der sog. Culpakompensation<sup>360</sup> geprägt: Danach galt ein Alles-oder-Nichts-Prinzip in der Weise, dass der Geschä-

<sup>355</sup> Dies ablehnend *Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, S. 13 f.; *Schenk*, Sphäre, 1977, S. 80; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 210 ff.; *Weyers*, Unfallschäden, 1971, S. 486; tendenziell auch *F. Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 333 Fn. 50.

<sup>356</sup> *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 122 f.; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 254 Rn. 4; *Kozioł*, FS Deutsch, 2009, S. 781, 785; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 35.

<sup>357</sup> *Staudinger-BGB/Höpfner*, § 254 Rn. 3; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 116 ff.

<sup>358</sup> *Harke*, SchuldR AT, 2010, Rn. 320; *Staudinger-BGB/Höpfner*, § 254 Rn. 3; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 116 ff.; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 254 Rn. 4.

<sup>359</sup> S. zum Veranlasserprinzip etwa BGHZ 4, 229 Rn. 9; zudem *Becker-Eberhard*, Kostenerstattung, 1985, S. 27 ff.; *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 233 f. m.w.N. in Fn. 58; BeckOK-ZPO/*Jaspersen*, § 91 Rn. 7; MüKo-ZPO/*Schulz*, § 91 Rn. 1; *Siebert*, Prinzipien der Kostenerstattung, 1985, S. 77 ff.

<sup>360</sup> S. zum nahtlosen Übergang der Culpakompensation in das Verantwortlichkeitsprinzip nur Motive II, S. 23 f. = *Mugdan*, BGB Bd. 2, 1899, S. 13.

digte überhaupt keinen Ersatz verlangen konnte, soweit ihm irgendein Mitverschulden zur Last fiel.<sup>361</sup> Insofern versteht sich, wenn der Gedanke im Hannoverschen Entwurf expliziten Ausdruck findet: „Der Nachweiß, daß der Proceß durch eine *culpa*, durch Nachlässigkeit der Hauptpartei verloren sei, müsse dem Litisdenuncianten [Streitverkündungsempfänger, Anm. des Verf.] stets freibleiben [...]“<sup>362</sup>.

Mit Blick auf das obige Fallbeispiel wäre daher zu erwarten, dass der Dritte die mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei im Sekundärprozess einwenden und die nicht geltend gemachten Angriffs- oder Verteidigungsmittel einführen kann, wenn und weil das Risiko in deren Verhältnis allein durch die mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei gesetzt wurde. Gleiches gilt, wenn der Dritte das Risiko durch seine mangelhafte Prozessführung mitverursacht hat, sein Beitrag jedoch im Verhältnis zu dem der Hauptpartei untergeordnet erscheint. Dies betrifft vor allem die Fälle, (I) dass der Dritte Kenntnis von einem Beweismittel hat, es infolge nachlässiger Organisation jedoch grob fahrlässig nicht in den Prozess einführt und die Hauptpartei, die ebenfalls Kenntnis von dem Beweismittel hat, es *absichtlich* nicht in den Primärprozess einführt (etwa aus dem Motiv heraus, dass der Dritte solventer ist), oder dass (II) der Dritte fahrlässig in Unkenntnis von einem Beweismittel ist und die Hauptpartei dieses ihr bekannte Beweismittel grob fahrlässig nicht in den Prozess einführt. Außerdem legt das Verantwortlichkeitsprinzip einen Ausschluss der Risikoverlagerung nahe, wenn die Verursachungsbeiträge der Hauptpartei sowie des Dritten vergleichbar sind: Zwar gebietet es hier zunächst, dass die Realisierungsfolgen hälftig von der Hauptpartei und dem Dritten getragen werden. Da dies jedoch hinsichtlich der Bindungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO nicht umsetzbar ist, müsste, wie *Riehm* dargelegt hat, die hälftige Teilung des Risikos zulasten der Hauptpartei umschlagen.<sup>363</sup> Dennoch bindet § 68 Hs. 1 ZPO den Dritten in verschiedenen Konstellationen, in denen der Hauptpartei ein vergleichbarer oder sogar größerer Verursachungsbeitrag zukommt (vgl. § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO *ex negativo*).<sup>364</sup>

Konkret in folgenden Konstellationen<sup>365</sup>:

- 1) Dritter in nicht fahrlässiger Unkenntnis – Hauptpartei in fahrlässiger Unkenntnis.
- 2) Dritter und Hauptpartei in fahrlässiger Unkenntnis

<sup>361</sup> Staudinger-BGB/Höpfner, § 254 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Looschelders, § 254 Rn. 2; Luig, Ius Commune II (1969), 187, 198 ff.; Wieling, AcP 176 (1976), 334, 350.

<sup>362</sup> Hannoversche Protokolle, S. 811.

<sup>363</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 33 im Rahmen einer materiellrechtlichen (schadensrechtlichen) Rekonstruktion der Interventionswirkung nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 242 (*nemo auditur*) BGB.

<sup>364</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) bb) (2) (S. 82).

<sup>365</sup> Bei Kenntnis von einem Angriffs- oder Beweismittel wird im Folgenden von grober Fahrlässigkeit ausgegangen (s. dazu, dass dies praktisch die Regel darstellen dürfte, Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 153).

- 3) Dritter in Kenntnis – Hauptpartei in Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis.
- 4) Dritter in Kenntnis – Hauptpartei führt das Angriffs- oder Verteidigungsmittel absichtlich nicht ein.

Die Risikozuweisung kann in allen diesen Fällen aufgrund der Maßgabe des Verantwortlichkeitsprinzips nicht mit der Schutzwürdigkeit der Hauptpartei begründet werden. Und auch nach sonstigen Wertungen, die dieses Ergebnis *mit einem Zuweisungsgehalt im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten* erklären könnten, sucht man vergebens. Mit Blick auf Konstellation 4) wird dies besonders deutlich: Welcher Zuweisungsgehalt im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten sollte es sein, der dem grob fahrlässig unorganisierten Dritten die Folgenlast dafür auferlegt, dass die Hauptpartei – *ihren* – Primärprozess *absichtlich* schlecht führt, sich also sehenden Auges in den eigenen Prozessverlust und damit das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts manövriert? Ein solche Interessenabwägung kann nicht durch Rechtsprinzipien mit Zuweisungsgehalt im Parteienverhältnis erklärt werden, sondern nur durch solche, die überindividuelle Werte beinhalten:

### *c) Die begrenzte Maßgabe öffentlicher Interessen*

Angesprochen sind damit die als öffentliche Interessen betitelten Wertungen – konkret die Rechtsprinzipien der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit sowie daraus abgeleitet die Wertungsentscheidungen, dass ein doppeltes Prozessieren in derselben Sache zur Schonung von Justizressourcen bzw. widersprüchliche Feststellungen zur Sicherung des Vertrauens in die Rechtsprechung vermieden werden sollen. Streitverkündung und Nebenintervention verwirklichen diese Wertungen über den Schutz von Individualinteressen hinaus jedenfalls *im Reflex*. In der Literatur wird jedoch verbreitet und weiter zunehmend die Ansicht vertreten, die genannten Instrumente würden vorrangig oder jedenfalls maßgeblich Ausdruck der oben genannten Wertungen sein und ihre Verwirklichung also *bezwecken*.<sup>366</sup> Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet sich die Formel, „der Zweck der Bestimmungen über die Streitverkündung [sei] die Verringerung der Zahl der Prozesse, und die Vermeidung sich widersprechender Prozeßergebnisse“<sup>367</sup>. Damit beanspruchen diese Stimmen mehr, als ein Reflex des Schutzes von Individualinteressen auf die genannten Wertungen: Sie sprechen der Prozessökonomie bzw. der Rechtssicherheit zu, sich gerade umgekehrt mit *eigenständigem Gewicht* auf die

<sup>366</sup> *Diedrich*, Interventionswirkung, 2000, S. 117, 83 ff.; *Jacoby*, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 32; *Stein/Jacoby*, § 68 Rn. 2; *Kittner*, JuS 1986, 624; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 151 f.; *Peters*, Bindungswirkung von Haftpflichtfeststellungen, 1985, S. 97; *Milleker*, ZZZ 84 (1971), 91, 99; *Schneider*, MDR 1961, 3, 6; *Schober*, Drittbeteiligung im Zivilprozess, 1990, S. 76; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 66 Rn. 1, § 72 Rn. 1; *Musielak/Voit/Weth*, § 72 Rn. 1; *Wieser*, ZZZ 79 (1966), 246, 259; *Wieser*, ZZZ 83 (1970), 220, 224; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 38 f.

<sup>367</sup> Grundlegend BGHZ 8, 71, 81 im Anschluss an RGZ 77, 360, 364 f.

Interessenbewertung auszuwirken.<sup>368</sup> Wie im Folgenden zu zeigen ist, trifft dies allerdings nur eingeschränkt, nämlich *nur in einem bestimmten Punkt* zu:

#### aa) Keine generelle Maßgabe öffentlicher Interessen

Nach der Konzeption der §§ 72 ff. ZPO ist die Verkündung des Streits – bis auf den Fall des § 841 ZPO – in das Belieben der Hauptpartei gestellt. Es liegt somit ausschließlich an ihr, ob mit Streitverkündung und Nebenintervention Justizressourcen geschont und widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden. Zwar schließt ein solches Initiativrecht nicht schlechthin aus, dass ein Instrument öffentliche Interessen zu verwirklichen bezweckt.<sup>369</sup> Paradigmatisch hierfür ist die Revision, die – obwohl ausschließlich in Parteiinitiative gestellt – mit den Revisionsgründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO vor allem an überindividuelle Belange anknüpft. Ein ausschließliches Initiativrecht der Parteien ist jedoch ein nicht unerhebliches Indiz dafür, dass die genannten öffentlichen Interessen nicht mit eigenständigem Gewicht auf die Interessenbewertung einwirken und zeigt jedenfalls, dass ihnen nur geringes Gewicht zukommen könnte.<sup>370</sup>

Die gesetzliche Konzeption der Nebenintervention geht indessen einen nicht unbedeutenden Schritt weiter, indem der Interventionsgrund nach § 71 Abs. 1 ZPO nicht von Amts wegen geprüft wird, sondern nur auf Antrag der Hauptpartei oder des Verfahrensgegners und auch nur bis zur „Heilung“ des fehlenden Interventionsgrunds durch antragslose mündliche Verhandlung<sup>371</sup>.<sup>372</sup> Damit liegt in der Hand der Parteien, ob sich die Drittbeteiligung *überhaupt* zur Schonung von Justizressourcen und zur Vermeidung widersprüchlicher Feststellungen *eignet* oder aber – wenn die Parteien einen Dritten ohne Interventionsgrund nach § 66 Abs. 1 ZPO intervenieren lassen – im Gegenteil zusätzlich Justizressourcen in Anspruch genommen werden. Kurzum: Die disponible Konstruktion von Streitverkündung und Nebenintervention ist ein starkes Indiz gegen die Annahme, Prozessökonomie bzw. Rechtssicherheit würden sich im Generellen mit eigenständigem Gewicht auf die Interessenbewertung auswirken.

<sup>368</sup> Explizit Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 38.

<sup>369</sup> K.-P. Martens, ZZP 85 (1972), 77, 79 f.; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 39.

<sup>370</sup> So auch Eibner, Streitverkündung, 1986, S. 31 f.; Eibner, JurBüro 1988, 150, 151; Geimer, ZZP 85 (1972), 196, 205 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 8; die Annahme, öffentlichen Interessen komme ein eigenständiges Gewicht zu, vor dem Hintergrund der Parteiinitiative als „weitgehend ungereimt“ bezeichnend Milleker, ZZP 84 (1971), 91, 99.

<sup>371</sup> S. zum nach einhelliger Meinung möglichen Verlust des Antragsrechts nach § 295 Abs. 1 ZPO statt vieler RGZ 163, 361, 365; BGH JR 1964, 63; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 84 m. w. N. in Fn. 458.

<sup>372</sup> Sich darauf gestützt gegen ein eigenständiges Gewicht öffentlicher Interessen aussprechend Windel, Interventionsgrund, 1992, S. 23; in der Tendenz auch Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 32 f.

Die Annahme rückt weiter in Ferne, wenn man das Landschaftsbild deutscher Zivilprozesse aus der Makroperspektive in den Blick nimmt: Doppeltes Prozessieren und widersprüchliche Feststellungen drohen, wie gesehen, auf nahezu allen Stufen der Rechtsanwendung.<sup>373</sup> Dennoch schützt die Zivilprozessordnung hiervor nur *inter partes* sowie in den vereinzelt Fällen subjektiver Rechtskrafterstreckung (§§ 325–327 ZPO; 129 Abs. 1 HGB; 768 Abs. 1 Satz 1 BGB etc.) und objektiv auf das absolute Minimum des Rechtsfolgenausspruchs beschränkt. Mit anderen Worten: Doppeltes Prozessieren sowie widersprüchliche Feststellungen werden nahezu nicht vermieden – und dies beruht auf einer bewussten und zu respektierenden Wertungsentscheidung des historischen Gesetzgebers für enge Grenzen der Rechtskraft.<sup>374</sup> Wieso also sollte dies im Anwendungsfeld von Streitverkündung und Nebenintervention, das auf dem Landschaftsbild der Zivilprozesse lediglich einen Pinselstrich ausmacht, eine bestimmende Wertung sein?<sup>375</sup> Dies fragt sich umso mehr vor dem Hintergrund, dass der Schutzbereich der Streitverkündung nach einhelliger Auffassung nicht allgemein auf den Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen ausgerichtet ist (es sei insofern an die Unzulässigkeit der Streitverkündung in der Konstellation der kumulativen Haftung erinnert).<sup>376</sup>

Der Streitverkündung kann daher nicht generell die Wertung zugrunde liegen, im Dienst der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit widersprüchliche Feststellungen zu vermeiden.

#### bb) Die Maßgabe öffentlicher Interessen in § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO

Justizressourcen zu schonen und widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, tragen Streitverkündung und Nebenintervention vor diesem Hintergrund allein, *soweit* die Risikoverteilung nicht mit der Schutzwürdigkeit der Hauptpartei und gemessen am Verantwortlichkeitsprinzip erklärt werden kann. Dies betrifft allein die oben (§ 3 I. 4. b) (S. 99)) aufgeführten Konstellationen. Damit kommt öffentlichen Interessen ausschließlich hinsichtlich der *Enge der Einrede* nach § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO eigenständiges Gewicht zu. Die Entstehungsmaterialien stützen dies:

Während die *exceptio mali processus* nach den Lehren von der *culpa* noch uneingeschränkt möglich war, hat der Norddeutsche Entwurf die *exceptio mali processus* auf Fälle beschränkt,

<sup>373</sup> S. dazu oben § 3 I. 1. a) (S. 54 ff.).

<sup>374</sup> Deziert *Roth*, ZJP 124 (2011), 3, 5; zudem MüKo-ZPO/Gottwald, § 325 Rn. 5; *Peters*, Bindungswirkung von Haftpflichtfeststellungen, 1985, S. 92; die prozessökonomische Wirkung der Rechtskraft i. S. d. Vermeidung doppelten Prozessierens generell bezweifelnd *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 717. Nicht überzeugt insofern das Fazit von *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 92, die Rechtskraft würde „im Einzelfall“ nicht vor widersprüchlichen Entscheidungen bewahren.

<sup>375</sup> Mit dem Vergleich zur Rechtskraft gegen ein eigenständiges Gewicht öffentlicher Interessen auch *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971), 179, 181 f.; *Häsemeyer*, JR 1988, 69; *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 88.

<sup>376</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. a) aa) (S. 60 ff.).

in denen die Hauptpartei den Primärprozess „arglistig“ (d.h. absichtlich) schlecht führt.<sup>377</sup> Begründet wurde die Weite der Streitverkündungswirkung bzw. die Enge der Einrede damit: „In dieser Ausdehnung spreche ein öffentliches Interesse dafür, die Prüfung eines rechtskräftigen Urteils [sic] durch einen anderen Richter abzuschneiden.“<sup>378</sup> Im Zuge der Beratungen wurde die Einrede sodann – parallel zu § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO – auf Fälle mindestens grober Fahrlässigkeit der Hauptpartei aufgeweitet und zugleich von der Unkenntnis des Dritten abhängig gemacht.<sup>379</sup>

Die Einrede nach § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO beruht demnach auf „Billigkeitsgesichtspunkten“<sup>380</sup> – genauer: darauf, dass den *insoweit* an und für sich maßgeblichen öffentlichen Interessen nicht genug Gewicht zukommt, um die Maßgabe des Verantwortlichkeitsprinzips zu überwiegen.

### cc) Fazit

Damit bleibt festzuhalten: Allein in den oben<sup>381</sup> dargestellten Konstellationen, in denen die Hauptpartei ein Verursachungsbeitrag am Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist, haben die Schöpfer der CPO von 1879 die Bindungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO zur Verwirklichung von Prozessökonomie und Rechtssicherheit aufrechterhalten, obwohl nach dem Zuweisungsgehalt im Parteienverhältnis dem Dritten die *exceptio mali processus* hätte gewährt werden müssen. Insofern, und nur insofern, gehen Streitverkündung und Nebenintervention auf den bestimmenden Einfluss öffentlicher Interessen zurück. Jenseits dieses Bereichs fördert die Streitverkündung zwar Prozessökonomie und Rechtssicherheit. Dies ist insoweit jedoch nicht Zweck der §§ 72 ff. ZPO, sondern erfolgt lediglich im Reflex des Schutzes der *Individualinteressen*. Auf diese begrenzte Verortung öffentlicher Interessen wird hinsichtlich einer Streitverkündung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO noch zurückzukommen sein.<sup>382</sup>

### d) Rechtliches Gehör des Dritten als absoluter Abwägungsausschluss

Wie gesehen, steht dem Dritten über den Wortlaut des § 68 Hs. 2 ZPO hinaus eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu, wenn und soweit sein recht-

<sup>377</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 164.

<sup>378</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 153.

<sup>379</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 164.

<sup>380</sup> So der allgemeine Ausspruch, s. etwa Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 144; Schultes, Drittbeteiligung, 1994, S. 37 Fn. 188; Wieser, ZZP 79 (1966), 246, 263 f.; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 180.

<sup>381</sup> § 3 I. 4. b) (S. 99).

<sup>382</sup> S. dazu unten § 4 IX. (S. 222 ff.).



liches Gehör im Primärprozess beschränkt wurde.<sup>383</sup> Das rechtliche Gehör des Dritten liegt der Interessenabwägung somit als *absolute Vorrangregel*<sup>384</sup> zugrunde.

Demgegenüber wird das rechtliche Gehör des Dritten in der österreichischen Rechtswissenschaft auch als eine die Streitverkündungswirkung *legitimierende* Wertung angesehen.<sup>385</sup> Nach dem Gedanken: Weil sich der Dritte sein rechtliches Gehör schon im Primärprozess verschaffen konnte, kann er nun im Primärprozess gebunden werden. Dieser Gedanke überzeugt nicht, denn er setzt einen Schritt zu spät an. Zu legitimieren ist schon, dass sich der Dritte sein rechtliches Gehör im Primärprozess *verschaffen müssen soll*. Hierüber trifft der Gehalt des rechtlichen Gehörs keine Aussage.

## II. Die Unterstützung der Hauptpartei durch den Dritten

Das vorstehend behandelte Interesse der Hauptpartei an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts setzt grundsätzlich an dem Fall an, dass der Primärprozess für sie ungünstig ausgegangen ist. Typischerweise wird die Hauptpartei jedoch schon darauf abzielen, den Primärprozess zu gewinnen. Hierbei kann sie in verwobenen Mehrpersonenkonflikten auf die Unterstützung durch den Dritten angewiesen sein:

### 1. Die Interessenlage

Denn aufgrund der Zweiparteienstruktur des Zivilprozesses besteht in multipolaren Konflikten die Problemlage, dass ein Dritter materiell am Prozessgegenstand beteiligt sein kann, jedoch nicht als Partei des Prozesses zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt. Kommt es dann im Primärprozess auf Tatsachen und Beweismittel an, die aus der Sphäre des Dritten stammen, hat die Hauptpartei ein Interesse daran, dass der Dritte sein potenziell größeres Wissen und die betreffenden Tatsachen und Beweismittel in den Primärprozess einbringt.<sup>386</sup>

An einem Beispiel: Nachdem eine von B bei Werkunternehmer U bestellte Produktionsmaschine kurz nach Inbetriebnahme funktionsunfähig wird, nimmt B den U klageweise auf Ersatz seines entgangenen Gewinns in Anspruch. In seinem Gutachten sieht der gerichtlich

<sup>383</sup> Oben § 3 I. 2. c) bb) (1) (S. 81).

<sup>384</sup> S. zu dieser in der Terminologie der rationalen Abwägung *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 62.

<sup>385</sup> S. etwa *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57, 58; Rummel/Lukas-ABGB/Reischauer, § 931 Rn. 69; *Trenker*, ÖJZ 2015, 103, 106.

<sup>386</sup> S. zu diesem Interesse RGZ 143, 377, 380; *Dorpalen*, Judicium 5 (1933), 239, 241; *Lammenett*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 9; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 37; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 4; *Schultze*, ZZP 2 (1880), 20, 42; *Taupitz*, ZZP 102 (1989), 288, 290; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 653; *Wieser*, ZZP 79 (1966), 246, 256 f.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 36.



hinzugezogene Sachverständige die Ursache für den Defekt darin, dass die in der Maschine verbauten Schrauben keinen hinreichenden Härtegrad aufweisen. U jedoch vermutet, dass einige Schrauben bei der Wartung der Maschine durch B gelockert und nicht wieder festgezogen wurden, und möchte dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen durch ein privates Sachverständigengutachten entgegenreten. Hierzu ist er darauf angewiesen, dass ihn der Lieferant L, von dem er die verbauten Schrauben bezieht, mit Informationen zum Material und der Legierung der Schrauben versorgt sowie Positivbeispiele zu anderen Produktionsmaschinen gibt, in denen die Schrauben mindestens vergleichbaren Kräften ausgesetzt sind und schon seit langem ohne Maschinendefekt zum Einsatz kommen.

Das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten besteht in Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO aufgrund der dort faktisch herrschenden Zweiparteienstruktur<sup>387</sup> gleichermaßen.

Dem Interesse der Hauptpartei kann ein Interesse des Dritten entgegenstehen: Dieser begehrt selbst keineswegs stets danach, die Hauptpartei im Primärprozess zu unterstützen – sei es, weil er im Rahmen seiner Unterstützung sensible Daten wie Geschäftsgeheimnisse in den Primärprozess einführen müsste oder Gefahr läuft, durch entsprechenden Vortrag seine eigene Verantwortlichkeit aufzudecken; oder sei es, weil ihn der „fremde“ Prozess schlicht nicht kümmert, da ihm nach seiner Einschätzung ohnehin kein Regress durch die Hauptpartei droht.

Der obige Fall mag so gestrickt sein, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen U und L nur vorsieht, dass L die Schrauben anhand der Spezifikation des U zu Material und Legierung herzustellen hat, nicht aber einen bestimmten Härtegrad gewährleisten muss. Ist sich L sicher, diese Anforderungen erfüllt zu haben, mag er nicht gewillt sein, Ressourcen für eine Unterstützung des U im Primärprozess aufzuwenden.

Das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten ist demnach mit dem *gegenläufigen Interesse des Dritten an seiner Autonomie* abzuwägen – also daran, nicht zur Unterstützung in einem für ihn „fremden“ Prozess gezwungen werden zu können, den er sich nicht ausgesucht hat und in dem nicht über seine eigene Rechtsstellung entschieden wird.

Zudem droht eine Unterstützung durch den Dritten Interessen des Verfahrensgegners zu beeinträchtigen.<sup>388</sup> Denn die §§ 66 ff. ZPO verweisen den Dritten nicht auf eine außerprozessuale Unterstützung, sondern ermöglichen ihm einen Beitritt als Nebenintervenient: Damit besteht abhängig von der gesetzlichen Ausgestaltung das Potenzial, dass der Primärprozess verzögert wird. Die Aussicht auf eine Beteiligung des Dritten am Primärprozess bedingt insofern ein widerstreitendes Interesse des Verfahrensgegners daran, *den Primärprozess nicht zu verzögern*. Dessen Bewertung wird in einem eigenen Abschnitt untersucht.<sup>389</sup> Schließlich hat eine Beteiligung des Dritten am Primärprozess das Potenzial, Mehrkosten zu verursachen.

<sup>387</sup> S. zur faktischen Zweiparteienstruktur im Schiedsverfahren einleitend § 1 I. (S. 23 ff.).

<sup>388</sup> S. dazu auch *Wieser*, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 32.

<sup>389</sup> S. dazu unten § 3 IV. (S. 122 ff.).

Auch der Verteilung dieser Kosten und dem daraus folgenden Schutz der entsprechenden *Kosteninteressen* wird in einem separaten Abschnitt nachzugehen sein.<sup>390</sup>

## 2. Der schwache Schutz durch Streitverkündung

Die Hauptpartei kann mit der Streitverkündung eine Unterstützung durch den Dritten nicht erzwingen.<sup>391</sup> Denn nach § 74 Abs. 2 ZPO wird der Primärprozess ohne den Dritten fortgesetzt, wenn er einen Beitritt ablehnt oder auf die Streitverkündung hin schlicht untätig bleibt. Zwar kann der Dritte kraft materiellen Rechts zur Unterstützung der Hauptpartei verpflichtet sein (insbesondere dann, wenn der Umstand, dass die Hauptpartei dem Primärprozess ausgesetzt ist, die Folge einer Pflichtverletzung des Dritten ist<sup>392</sup>). Die §§ 72 ff. ZPO begründen jedoch keine solche Pflicht. Es bedarf daher besonderer materiellrechtlicher Begründung, soll der Dritte zur Unterstützung der Hauptpartei und bei unterlassener Unterstützung zu Schadensersatz verpflichtet sein.<sup>393</sup> Folge der Streitverkündung ist somit grundsätzlich allein die Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess nach §§ 74 Abs. 3, 68 Hs. 1 ZPO. Die Autonomie des Dritten wird demnach grundsätzlich als gewichtiger angesehen als das Interesse der Hauptpartei an seiner Unterstützung.

Jedoch schützt die Streitverkündung das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten immerhin ein Stück weit: Denn die Aussicht darauf, Tatsachen und Beweismittel infolge der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess nicht mehr einbringen zu können, wenn sie im Primärprozess hätten eingebracht werden können, schafft für den Dritten einen Anreiz bzw. Druck, auf die Streitverkündung hin auch tatsächlich beizutreten.<sup>394</sup> Dieser Druck wird dadurch intensiviert, dass grundsätzlich erst das Gericht im Sekundärprozess über die Zulässigkeit der Streitverkündung entscheidet. Bis dahin befindet sich der Dritte über die Zulässigkeit der Streitverkündung in Unsicherheit. Die Unsicherheit kann er auch nicht durch eine auf Feststellung der Unzulässigkeit der Streitverkündung gerichtete Klage<sup>395</sup> oder durch seinen Beitritt als Nebenintervenient beseitigen. Denn für einen Zwischenstreit nach § 71 ZPO – in dem, wenn ein rechtliches In-

<sup>390</sup> S. dazu unten § 3 V. (S. 124 ff.).

<sup>391</sup> S. statt vieler BeckOK-ZPO/*Selle*, § 74 Rn. 3; Stein/*Jacoby*, § 72 Rn. 1; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 74 Rn. 2; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 74 Rn. 5.

<sup>392</sup> S. dazu *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 21 und unten § 6 III. 1. (S. 292 ff.).

<sup>393</sup> Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 175; *Schwab*, NJW 1955, 1761; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 285; OLG Celle NJW 1955, 1760, 1760 f. Näher dazu unten § 6 III. 1. (S. 292 ff.).

<sup>394</sup> Vor diesem Hintergrund mit dem Rat, auf eine Streitverkündung hin „im Zweifel“ beizutreten, Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 74 Rn. 7; zudem *Grunsky*, Taktik im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1996, S. 23. S. zur Drucksituation zudem *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 9; *Schultes*, Drittbeteiligung, 1994, S. 50.

<sup>395</sup> S. zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer darauf gerichteten Feststellungsklage etwa OLG Stuttgart BauR 2000, 923, 924; *Zöller/Althammer*, § 74 Rn. 5; Wieczorek/*Schütze/Mansel*, § 72 Rn. 87.

teresse nach § 66 Abs. 1 ZPO nicht anderweitig begründet ist, auch über einen Streitverkündungsgrund entschieden werden könnte – ist der Dritte nicht antragsberechtig.<sup>396</sup> Infolge dieser „Schwebelage“ wird der Dritten tendenziell dazu veranlasst sein, aus seiner Sphäre stammende Tatsachen und Beweismittel *vorsorglich* in den Primärprozess einzubringen.<sup>397</sup> Allerdings besteht der Schutz nur, wenn aus der Sicht des Dritten ein Streitverkündungsgrund und ein Verlust im Sekundärprozess möglich erscheint. Dies deckt längst nicht alle Fälle ab, in denen die Hauptpartei nach der Unterstützung durch den Dritten begehrt.

Im obigen Fallbeispiel zur defekten Produktionsmaschine<sup>398</sup> ist, auch wenn man auf Basis der anzulegenden Plausibilitätskontrolle<sup>399</sup> einen Streitverkündungsgrund annehmen mag, aus Sicht des U gesichert, dass ihm ein Regress nicht droht. Die Streitverkündung des B übt auf U daher auch keinen Druck zur Unterstützung aus.

Die Hauptpartei ist insofern nur eingeschränkt, da *höchstens insoweit geschützt*, als sie zugleich in ihrem Interesse an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts geschützt wird. Aufgrund dieses Abhängigkeitsverhältnisses soll die Incentivierung des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei nach einigen Stimmen *nur im Reflex* des Schutzes vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust erfolgen.<sup>400</sup> Diese Auffassung übersieht jedoch, dass der historische Gesetzgeber die Unterstützung der Hauptpartei in ihrer Prozessführung in den Motiven explizit der Teleologie der Streitverkündung zugeordnet hat.<sup>401</sup> Die Hauptpartei in ihrem Interesse an der Unterstützung durch den Dritten immerhin *schwach* zu schützen, ist mithin Zweck der Streitverkündung.<sup>402</sup>

<sup>396</sup> Ein dahingehender Antrag wäre widersprüchliches Verhalten, s. nur Stein/Jacoby, § 71 Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 71 Rn. 11; MüKo-ZPO/Schultes, § 71 Rn. 3.

<sup>397</sup> So schon C. Wolff, ApR 7 (1870), 126, 145.

<sup>398</sup> Oben § 3 II. 1. (S. 104 f.).

<sup>399</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. b) bb) (S. 69 ff.).

<sup>400</sup> Diedrich, Interventionswirkung, 2000, S. 79 ff.; A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 59 S. 655; wohl auch Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, 29. Teil Rn. 1623, wobei das Verständnis in Rn. 1632 dazu in Widerspruch steht, die Interventionswirkung als Sanktion für die unterlassene Unterstützung der Hauptpartei zu sehen.

<sup>401</sup> Motive, S. 89 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 179.

<sup>402</sup> So die heute herrschende Auffassung: RGZ 61, 286, 288; RGZ 143, 377, 380; offen dagegen BGHZ 100, 257, 262; BGH NJW 1992, 436, 437; BGHZ 116, 95, 100; Dorpalen, Judicium 5 (1933), 239, 241; Lammenett, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 9; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 4; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 1 (wenn auch auf die Nebenintervention bezogen); Tannenwald, DJZ 15 (1910), 1022, 1023; Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 28; Wieser, ZZP 79 (1966), 246, 256 f.; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 36; wohl auch R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 114.

### 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente

Die Schwäche des Schutzes wird bei einem Blick auf die isolierte Drittwiderklage bzw. durch einen Vergleich zur Streitverkündungsklage des schweizerischen Rechts deutlich: Könnte die Hauptpartei ihr Rechtsverhältnis zum Dritten durch eine solche Klage dem Primärprozess zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung hinzuverbinden, könnte sie sich sicher sein, dass der Dritte ihm bekannte Tatsachen und in seiner Verfügungsgewalt befindliche Beweismittel in den Prozess einbringt.<sup>403</sup> Eine Streitverkündungsklage hat demnach deutlich weitergehendes Potenzial, das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten zu schützen. Für die deutsche Rechtsordnung ist die bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers hiergegen jedoch anzuerkennen.<sup>404</sup>

Das Schwert der Streitverkündungsklage ist im Übrigen zweischneidig: Die Hauptpartei läuft, wenn sie Streitverkündungsklage erhebt, Gefahr, dass der Dritte ihr keine Hilfe leistet – sondern im Gegenteil ihre Prozessführung durchkreuzt. Denn durch die im Rahmen einer Streitverkündungsklage notwendigerweise unabhängige Stellung des Dritten<sup>405</sup> müsste die Hauptpartei fürchten, dass der Dritte für ihn günstige Tatsachen und Beweismittel in den Primärprozess einführt, die für die Hauptpartei jedoch ungünstig sind. Nach der Konzeption der Nebenintervention nach §§ 66 ff. ZPO ist dem Dritten für die Hauptpartei nachteiliger Vortrag hingegen entweder schon ipso iure oder jedenfalls aufgrund ihres Widerspruchs nach § 67 Satz 1 Hs. 2 a. E. ZPO verwehrt.<sup>406</sup>

Demgegenüber ist das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten im Anwendungsfeld der Urheberbenennung nach §§ 76 f. ZPO äußerst stark geschützt: Zwar kann die Hauptpartei auch hier keine Unterstützung des Urhebers erzwingen. Jedoch wird ihr Unterstützungsinteresse – surrogierend – dadurch *vollumfänglich* geschützt, dass sie nach § 76 Abs. 2 ZPO von jeglicher Haftung gegenüber dem Urheber befreit wird, wenn dieser sie nicht durch einen Prozessbeitritt unterstützt.<sup>407</sup> Aufgrund der praktischen Bedeutungslosigkeit dieser Spezialkonstellation führt die Urheberbenennung aus der Makroperspektive betrachtet allerdings zu keinem nennenswert stärkeren Schutz. Das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten ist nach der gesetzgeberischen Interessenbewertung daher nur *schwach* geschützt.

---

<sup>403</sup> S. dazu, dass die Streitverkündungsklage eine Beteiligung des Dritten zwingend herbeiführt, BernerKo-chZPO/Zuber/Gross, Art. 81 Rn. 9; Haldy, Procédure civile suisse, 2010, S. 159, 160; Schwander, ZZZ 2007, 353, 370; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Takei, Art. 79 Rn. 15.

<sup>404</sup> S. dazu oben § 3 I. 3. a) (S. 91 f.).

<sup>405</sup> Es wird durch die Streitverkündungsklage schließlich über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei entschieden. S. dazu aus der schweizerischen Literatur BaslerKo-chZPO/Frei, Art. 82 Rn. 36a; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Schwander, Art. 82 Rn. 26 f.; a. A. nur Huber-Lehmann, Streitverkündungsklage, 2018, S. 248 ff.

<sup>406</sup> S. dazu noch unten § 3 III. 2. c) (S. 115 ff.).

<sup>407</sup> S. dazu oben § 3 I. 3. d) (S. 93 f.).

### III. Die Gewähr (proaktiven) Rechtsschutzes für den Dritten im Primärprozess

Andersherum kann auch der Dritte ein Interesse daran haben, sich auf seine Initiative hin am Primärprozess zu beteiligen:

#### 1. Die Interessenlage

Denn er ist in verwobenen Mehrpersonenkonstellationen trotz des Umstands materiell am Prozessgegenstand beteiligt, dass aufgrund der Zweiparteienstruktur im Primärprozess nicht bereits über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei entschieden werden kann. Der Primärprozess kann den Dritten daher in seiner Rechtsstellung berühren, auch wenn ihn die Urteilswirkungen aufgrund der subjektiven Rechtskraftbeschränkung grundsätzlich nicht unmittelbar treffen: Der Konfliktpol zwischen dem Dritten und einer Partei des Primärprozesses entsteht oftmals erst in Abhängigkeit von dessen Ausgang. In den Regresskonstellationen etwa manifestiert oder intensiviert sich durch das rechtskräftige Urteil ein Schaden des Dritten oder der Hauptpartei und in den Fällen der alternativen Schuldnerschaft sowie der subsidiären Haftung hat die Hauptpartei im Falle eines Prozessgewinns ihr behauptetes Recht gegen den verklagten Schuldner durchsetzen können, sodass auch hier der Anlass für einen Prozess gegen den Dritten vom Ausgang des Primärprozesses abhängt.

Bspw. muss die Stadt im Streupflicht-Fall<sup>408</sup> mit ihrer Inanspruchnahme rechnen, wenn das Gericht die Klage des Spaziergängers gegen den anliegenden Hauseigentümer auf Ersatz seiner Heilbehandlungskosten mit der Begründung abweist, die Stadt habe die Streupflicht nicht wirksam auf den Hauseigentümer delegiert.

Die Rechtsstellung des Dritten ist damit je nach Ausgang des Primärprozesses dadurch gefährdet, dass die weiteren Konfliktbeteiligten ihr Handeln wahrscheinlich nach den Feststellungen im Primärprozess ausrichten werden.<sup>409</sup> Die Entscheidung im Primärprozess wirkt sich somit jedenfalls faktisch auf seine Rechtsstellung aus.<sup>410</sup> Zudem ist wahrscheinlich, dass die Hauptpartei das Primärurteil und seine Begründung in den Sekundärprozess gegen den Dritten als „Beweismittel“ einbringen wird. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Gericht im Sekundär-

<sup>408</sup> Oben § 3 I. 2. a) cc) (S. 64).

<sup>409</sup> Wicczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 61; Stein/Jacoby, § 66 Rn. 20; BeckOK-ZPO/Selle, § 66 Rn. 10, 10.1; Musielak/Voit/Weth, § 66 Rn. 7; Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 58 ff.

<sup>410</sup> Auf die praktische Bedeutung dieser faktischen Gefährdung hinweisend Stein/Jacoby, § 66 Rn. 28; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 15; Musielak/Voit/Weth, § 66 Rn. 7. Die faktische Gefährdung der Rechtsstellung begründet nach herrschender Auffassung ein Interventionsinteresse nach § 66 Abs. 1 ZPO (s. dazu noch unten § 3 III. 2. a) (S. 111 ff.)).

prozess dadurch ein Stück weit voreingenommen werden kann.<sup>411</sup> Denn auch wenn rechtlich ohne Relevanz, setzen die primärgerichtlichen Feststellungen in psychologischer Hinsicht einen Ankerpunkt („*priming effect*“)<sup>412</sup>: Die primärgerichtlichen Feststellungen sind im Bewusstsein der im Sekundärprozess zur Entscheidung berufenen Personen, noch bevor sich diese ihre eigene Überzeugung bilden konnten (und mussten). Sie müssen sich bei der Überzeugungsbildung daher zwangsläufig von den Feststellungen des Primärgerichts als dem Ankerpunkt „wegbewegen“, was keine völlig freie, unvoreingenommene Entscheidung ermöglicht, sondern eine Tendenz zugunsten des Ankers begründet.<sup>413</sup> Den Feststellungen des Primärgerichts kommt demnach in gewisser Hinsicht eine faktische Vermutungswirkung für den Sekundärprozess zu, die die Rechtsstellung des Dritten gefährdet.

Schließlich kann sich der Primärprozess ausnahmsweise auch unmittelbar auf die Rechtsstellung des Dritten auswirken: Das Primärurteil kann Rechtskraftwirkung ihm gegenüber entfalten,<sup>414</sup> es kann die Rechtspositionen des Dritten gestalten,<sup>415</sup> es kann möglicherweise auch ohne Rechtskraftwirkung gegen ihn vollstreckt werden,<sup>416</sup> oder sich durch eine Berücksichtigung des Primärurteils als Tatbestandsmerkmal gegen ihn richten<sup>417 418</sup>.

Wirkt das Primärurteil unmittelbar auf seine Rechtsstellung ein, liegt das Mitwirkungsinteresse des Dritten auf der Hand: Er kann sich insoweit ausschließlich im

<sup>411</sup> S. etwa Stein/Jacoby, § 66 Rn. 20; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 15, die von einer „erschweren Prozessführung“ sprechen. Zudem BGHZ 182, 116, 134 („tatsächliche Vorentscheidung“); BeckOK-ZPO/Selle, § 66 Rn. 10.1; Ekelöf, FS Hedemann, 1938, S. 206, 211 f.; Schmidt, Bindung an Vorentscheidungen, 1927, S. 80; Stahl, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 49 f.; Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 108.

<sup>412</sup> Mit einer psychologischen Einordnung der faktischen Präcedenzwirkung auch Ekelöf, FS Hedemann, 1938, S. 206, 212; Schmidt, Bindung an Vorentscheidungen, 1927, S. 80 („psychologische und soziologische Wirkung der Vorentscheidung“); wohl auch Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 108 („tatsächliche[n] Autorität“).

<sup>413</sup> S. zum *priming effect* aus der kognitiven Psychologie etwa Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2011, S. 119 ff.

<sup>414</sup> Dazu gehören etwa die Fälle der Rechtsnachfolge nach Rechtshängigkeit (§ 325 ZPO), der Nacherbfolge (§ 326 ZPO), der Testamentsvollstreckung (§ 327 ZPO) oder der Prozessstandschaft. Mit weiteren Beispielen Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 53 ff.

<sup>415</sup> Dazu gehört etwa der Fall einer Ausschlussklage gegen einen Gesellschafter nach § 140 HGB. Mit weiteren Beispielen Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 56.

<sup>416</sup> So kann bspw. bei der ehelichen/lebenspartnerschaftlichen Gütergemeinschaft das Urteil gegen den alleinverwaltenden Ehegatten/Lebenspartner nach § 740 Abs. 1 ZPO auch gegen den nichtverwaltenden Ehegatten/Lebenspartner vollstreckt werden. Mit weiteren Beispielen Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 57.

<sup>417</sup> Gemeint sind damit Fälle, in denen ein Tatbestandsmerkmal unmittelbar an das Primärurteil anknüpft. So etwa im Fall des § 1991 Abs. 3 BGB. Mit weiteren Beispielen Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 58.

<sup>418</sup> Die Kategorisierung geht zurück auf A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 55 III S. 621.

Primärprozess rechtliches Gehör verschaffen.<sup>419</sup> Aber auch, wenn das Primärurteil den Dritten nur mittelbar in seiner Rechtsstellung betrifft, könnte er durch seine Beteiligung darauf hinwirken, dass seine Rechtsstellung gar nicht erst negativ betroffen wird. Im Primärprozess mitzuwirken, ist für den Dritten dann proaktiver, vorbeugender Rechtsschutz.<sup>420</sup> Der Dritte hat mithin ein *Interesse daran*, seine aufgrund materieller Beteiligung am Prozessgegenstand betroffene *Rechtsstellung (proaktiv) schützen bzw. sichern zu können*.<sup>421</sup> In Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO besteht dieses Interesse *hinsichtlich einer mittelbaren Einwirkung* auf seine Rechtsstellung gleichermaßen. Hingegen kann ein Schiedsspruch, wie noch gezeigt wird, nicht in der oben beschriebenen Weise – d. h. durch Rechtskraft, Gestaltungs-, Vollstreckungs- oder Tatbestandswirkung – unmittelbar auf die Rechtsstellung des Dritten einwirken, ohne dass er Partei der Schiedsvereinbarung ist.<sup>422</sup>

Soll dieses Interesse, wie nach §§ 66 ff. ZPO umgesetzt, im Rahmen einer Nebenintervention des Dritten geschützt werden, bedingt dies ein widerstreitendes Interesse der Hauptpartei: Denn die Rechtsschutzziele des Dritten und der Hauptpartei, auf deren Seite er beitrifft, sind keineswegs stets parallel zueinander ausgerichtet.<sup>423</sup>

Im Streupflicht-Fall<sup>424</sup> wird die Stadt dem Prozess zwischen dem Spaziergänger und dem anliegenden Hauseigentümer auf Seiten des Spaziergängers beitreten, denn dessen Rechtsschutzziel – die Verurteilung des Hauseigentümers zu Schadensersatz – ist grundsätzlich auch für sie günstig. Die Stadt mag jedoch ein mögliches Mitverschulden des Spaziergängers einwenden wollen, um eine dahingehende faktische Vermutungswirkung für den Fall zu verhindern, dass das Gericht die Klage des Spaziergängers gegen den Hauseigentümer abweist.

Das Interesse des Dritten an proaktivem Rechtsschutz ist demnach mit einem widerstreitenden Interesse der Hauptpartei an einer ungestörten, autonomen Prozessführung abzuwägen. Wie bereits aufgeworfen, droht eine Intervention des

<sup>419</sup> Stein/Jacoby, § 69 Rn. 1; Lammenett, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 11; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 69 Rn. 2; Schultes, Drittbeteiligung, 1994, S. 38 ff.; Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 120 f. S. zum Verhältnis der streitgenössischen Nebenintervention und dem Anspruch auf rechtliches Gehör noch unten § 3 III. 2. d) (S. 119 ff.).

<sup>420</sup> Dezidiert Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 4.

<sup>421</sup> S. zu diesem Interesse BGH NJW 1987, 1894, 1895; RGZ 61, 286, 288 f.; Motive, S. 86 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 176; Kittner, JuS 1985, 703, 705; Lammenett, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 5; Lüke, Beteiligung Dritter, 1993, S. 31 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 4; Rasch, Die prozessuale Stellung des Nebenintervenienten, 1923, S. 2; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 1; Windel, Interventionsgrund, 1992, S. 15 ff.; Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 120 ff.; A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 54 S. 613; Musielak/Voit/Werth, § 66 Rn. 1; Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, insbesondere S. 27 ff., 45 ff.

<sup>422</sup> S. dazu unten § 41.4. b) (S. 160 f.).

<sup>423</sup> Darauf hinweisend Häsemeyer, ZJP 84 (1971), 179, 195; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 117 ff.

<sup>424</sup> Oben § 3 I. 2. a) cc) (S. 64).



Dritten zudem den Rechtsstreit zu verzögern – was ein entsprechendes widerstrebendes Interesse des Verfahrensgegners bedingt<sup>425</sup> – und hat das Potenzial, Mehrkosten zu verursachen, deren Verteilung entsprechende Kosteninteressen bedingt.<sup>426</sup>

## 2. Nahezu kein Schutz durch die Nebenintervention

Im Zivilprozess ist dem Dritten nach § 66 Abs. 1 ZPO eine eigeninitiative Nebenintervention möglich und sein Interesse an (proaktivem) Rechtsschutz damit an und für sich als schutzwürdig erachtet. Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass der Interessenschutz maßgeblich davon abhängt, auf welche Weise das Primärurteil die Rechtsstellung des Dritten berührt; dass er insgesamt schwach ist; und dass er gerade in den praktisch bedeutsamen Fällen mittelbarer, faktischer Betroffenheit nahezu nur auf dem Papier besteht:

### *a) Grundsätzlich umfassender Schutzbereich: Das rechtliche Interesse*

Das Anwendungsfeld der Nebenintervention deutet noch nicht auf einen schwachen Schutz hin. Denn nach § 66 Abs. 1 ZPO kann der Dritte in allen Fällen als Nebenintervenient beitreten, in denen er ein „rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege“. Zwar sind Versuche zur Abstrahierung des Rechtlichen am Interesse bisher fruchtlos geblieben<sup>427</sup> und zahlreiche Einzelheiten sind aufgrund der Konturlosigkeit des Merkmals umstritten. Allerdings besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das „rechtliche Interesse“ weit auszulegen ist<sup>428</sup> und im Wesentlichen nur zwei grundlegende Voraussetzungen aufstellt:

Erstens muss sich die Entscheidung im Primärprozess gegenwärtig<sup>429</sup> auf eine eigene<sup>430</sup> materiellrechtliche Rechtsposition<sup>431</sup> des Dritten auswirken. Nicht ausreichend ist insofern ein ideelles, wirtschaftliches, soziales oder politisches Interesse

<sup>425</sup> S. dazu unten § 3 IV. (S. 122 ff.).

<sup>426</sup> S. dazu unten § 3 V. (S. 124 ff.).

<sup>427</sup> Mit einer guten und noch immer recht aktuellen Übersicht zu den verschiedenen Deutungsansätzen *Wieser*, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 45 ff.

<sup>428</sup> So schon die Motive, S. 86 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 176; zudem BGH BeckRS 2016, 00810 Rn. 11; BGH NJW 2016, 1018, 1019 Rn. 13; BGH NJW-RR 2011, 907, 908 Rn. 10; aus der Literatur statt vieler *Stein/Jacoby*, § 66 Rn. 20; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 30.

<sup>429</sup> BGH NJW 2016, 1018, 1019 Rn. 22; *Stein/Jacoby*, § 66 Rn. 21; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 36; *Musielak/Voit/Weth*, § 66 Rn. 6; a. A. *Wieser*, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 81.

<sup>430</sup> *Stein/Jacoby*, § 66 Rn. 18; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 37 f.; *MüKo-ZPO/Schultes*, § 66 Rn. 7.

<sup>431</sup> Motive, S. 86 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 176; *Stein/Jacoby*, § 66 Rn. 19; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 41; *MüKo-ZPO/Schultes*, § 66 Rn. 7.



am Prozessausgang, wenn und weil dieses keinen Schutz durch die Rechtsordnung erfährt und sich damit nicht zu einer Rechtsposition verdichtet hat.<sup>432</sup>

Eine Nebenintervention ist daher bspw. unzulässig, wenn der Dritte nur am Prozess mitwirken möchte, um durch das Obsiegen der unterstützten Partei deren Liquidität im Hinblick auf eine eigene Inanspruchnahme und Vollstreckung sicherzustellen.<sup>433</sup>

Zweitens muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die *Einwirkung* des Primärurteils auf die Rechtsstellung des Dritten *rechtlich sein*.<sup>434</sup> Dies deutet auf eine Differenzierung zwischen einer *rechtlichen* Einwirkung des Primärurteils auf die Rechtsstellung des Dritten durch Rechtskraft-, Gestaltungs-, Vollstreckungs- oder Tatbestandswirkung und einer nur *faktischen* Einwirkung auf die Rechtsstellung des Dritten im Sinne einer tatsächlichen Vermutungswirkung im oben aufgeworfenen Sinn hin.<sup>435</sup> So wird die Einschränkung allerdings – auch vom Bundesgerichtshofs – nicht verstanden. Ein Interventionsgrund ist auch in Fällen tatsächlicher Präjudizialität möglich. Deutlich wird dies in BGHZ 182, 116 ff.:

Testamentsvollstrecker T nimmt für den Nachlass des verstorbenen E dessen Betreuer B<sub>1</sub> sowie den Verfahrenspfleger B<sub>2</sub> klageweise gesamtschuldnerisch auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der (u. a.) durch die Veräußerung von Immobilien des E unter Wert sowie durch infolge des Verkaufs ausgelöste Steuerschulden entstanden sein soll. Das Berufungsgericht hat der Klage gegen B<sub>1</sub> dem Grunde nach stattgegeben, die Klage gegen B<sub>2</sub> jedoch vollumfänglich abgewiesen. B<sub>1</sub> legt gegen seine eigene Verurteilung Revision ein. Zugleich tritt er dem Rechtsstreit auf Seiten des T bei und wendet sich mit von ihm erhobener Revision gegen die Abweisung der Klage gegen B<sub>2</sub>.

Wie der Bundesgerichtshof festgestellt hat, hätte die Verurteilung des Verfahrenspflegers B<sub>2</sub> für den Betreuer B<sub>1</sub> im Hinblick auf den von Letzterem angesichts seiner eigenen Verurteilung angestrebten Regress nach §§ 840 Abs. 1 analog, 426 Abs. 1, ggf. 426 Abs. 2 Satz 1 BGB keine „rechtliche“ Wirkung in dem Sinn, dass der Entscheidungsausspruch auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite die Rechtslage des B<sub>1</sub> gestalten würde. Denn im Verhältnis von B<sub>1</sub> zu B<sub>2</sub> kommt weder eine Interventionswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO noch eine Rechtskraftwirkung nach §§ 325 ff. ZPO in Betracht.<sup>436</sup> Die Einwirkung auf die materiellrechtliche Rechtsposition des B<sub>1</sub> (der behauptete Regressanspruch gegen B<sub>2</sub>) ist somit rein „faktisch“ bzw. „tatsächlich“ in dem Sinn, dass die Verurteilung (auch) von B<sub>2</sub> nicht un-

<sup>432</sup> S. statt vieler BGH NZG 2006, 545 Rn. 8; BGHZ 166, 18, 20; Stein/*Jacoby*, § 66 Rn. 19; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 66 Rn. 31a; eingehend *Wieser*, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 45 ff.

<sup>433</sup> Stein/*Jacoby*, § 66 Rn. 19; a. A. wohl *Hellwig*, CPR Bd. 2, 1907, § 135 S. 488.

<sup>434</sup> S. etwa BGH BeckRS 2016, 00810 Rn. 11: „Es ist erforderlich, dass der Nebenintervenient zu der unterstützten Partei oder zu dem Gegenstand des Rechtsstreits in einem Rechtsverhältnis steht, auf das die Entscheidung des Rechtsstreits durch ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung unmittelbar oder auch nur mittelbar rechtlich einwirkt.“; zudem BGH NJW 2016, 1018, 1019 Rn. 13; BGH NJW-RR 2011, 907, 908 Rn. 10.

<sup>435</sup> S. dazu oben § 3 III. 1. (S. 109 f.).

<sup>436</sup> BGHZ 182, 116, 134.

wahrscheinlich eine faktische Vermutungswirkung bzw. einen *priming effect* im Regressprozess entfalten würde: Es hat eben ein nicht von der Hand zu weisendes Gewicht, wenn B<sub>1</sub> im Rahmen seiner Beweisführung darauf verweisen kann, dass ein anderes Gericht den B<sub>2</sub> für denselben Schaden bereits als ersatzpflichtig angesehen hat. In den Worten des Bundesgerichtshofs: „Dennoch wird mit der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits gegenüber [B<sub>2</sub>] eine tatsächliche Vorentscheidung über dessen Verpflichtung zum Gesamtschuldnerausgleich für den Fall getroffen, dass [B<sub>1</sub>] zum Schadensersatz verurteilt wird.“<sup>437</sup>

Ein Interventionsgrund besteht somit auch bei mittelbarer, faktischer Betroffenheit, wenn der Dritte am Lebenssachverhalt des Primärprozesses beteiligt ist und sich sein Mitwirkungsinteresse somit gerade auf die Entscheidung über den Streitgegenstand bezieht.<sup>438</sup> Ausgeschlossen ist die Nebenintervention hingegen, wenn die faktische Betroffenheit nur darauf beruht, dass der Sachverhalt gleichgelagert ist oder es auf ähnliche bzw. identische abstrakte Rechtsfragen ankommt.<sup>439</sup>

Dies sei an einem Beispiel illustriert: Ein Verbraucher kann dem Prozess zwischen einem Unternehmer und einem anderen Verbraucher im Streit um die Wirksamkeit einer AGB nicht darauf gestützt beitreten, dass in seinem Vertrag – mit einem anderen oder demselben Verwender der AGB – eine wortlautidentische Klausel verwendet wurde.<sup>440</sup> Denn der Dritte ist an dem konkreten Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand im Primärprozess zugrunde liegt, nicht beteiligt – lediglich die Rechtsfragen sind gleichgelagert bzw. im Hinblick auf die Wirksamkeit der AGB sogar möglicherweise identisch.

Damit bleibt festzuhalten: Das „rechtliche Interesse“ in § 66 Abs. 1 ZPO zielt darauf ab, diejenigen Fälle herauszudestillieren, in denen der Dritte von der Entscheidung im Primärprozess – sei es unmittelbar *rechtlich* oder mittelbar *faktisch* – in seiner Rechtsposition betroffen wird, weil er materiell am Gegenstand des Primärprozesses beteiligt ist (sich jedoch aufgrund der Zweiparteienstruktur nicht formal am Prozess beteiligen kann). Eine Nebenintervention ist nach diesem Zugschnitt grundsätzlich in sämtlichen Fällen möglich, in denen das für verwobene

<sup>437</sup> BGHZ 182, 116, 134.

<sup>438</sup> Deutlich wird dies in BGH NZG 2006, 545 Rn. 11 f. S. zudem BeckOK-ZPO/Selle, § 66 Rn. 10.1; Stein/Jacoby, § 66 Rn. 20; Lüke, Beteiligung Dritter, 1993, S. 387 f.; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 15; Musielak/Voit/Weth, § 66 Rn. 7; Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965, S. 36 ff. sowie bereits Hellwig, CPR Bd. 2, 1907, § 135 S. 482; A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 55 S. 620. Auch Mansel dürfte entgegen teilweiser Behauptung (etwa Stein/Jacoby, § 66 Rn. 20 Fn. 89) nichts anderes vertreten. Denn Wiczorek/Schütze/Mansel, §§ 66 Rn. 42, 62 lässt eine faktische Rechtsgefährdung grundsätzlich genügen und verlangt lediglich, dass primärgerichtliche Feststellungen für den Fall des Verfahrensbeitritts einer möglichen Interventionswirkung unterliegen würden. Das ist der Fall, wenn der Dritte am konkreten Lebenssachverhalt des Primärprozesses beteiligt ist.

<sup>439</sup> BGH NJW 2016, 1018, 1019 Rn. 13; BGH NJW-RR 2011, 907, 908 Rn. 10; BGH NZG 2006, 545 Rn. 12; OLG Rostock BeckRS 2019, 12545 Rn. 25; OLG Köln BeckRS 2015, 02420 Rn. 4; Lüke, Beteiligung Dritter, 1993, S. 388; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 32.

<sup>440</sup> BGH NJW-RR 2011, 907, 908 Rn. 11.

Mehrpersonenkonflikte spezifische Interesse an (proaktivem) Rechtsschutz im Primärprozess besteht.

*b) Reflexartiger Schutz durch den Modus der Prüfung im Zwischenstreit*

Ein „rechtliches Interesse“ ist im Übrigen keine konstitutive Voraussetzung dafür, dass der Dritte am Primärprozess mitwirken kann: Es wird nach § 71 Abs. 1 ZPO nur auf Antrag einer der Parteien des Primärprozesses in einem sog. Zwischenstreit geprüft, während dem die Prozessführungsbefugnis des Dritten gemäß § 67 Satz 1 Hs. 2 ZPO<sup>441</sup> nach § 71 Abs. 3 ZPO bestehen bleibt. Auch wenn das Gesetz diese Gestaltung im Interesse des Verfahrensgegners anordnet,<sup>442</sup> kommt sie im Reflex auch dem Rechtsschutzinteresse des Dritten zugute. Denn nach einhelligem Verständnis werden Prozesshandlungen des Dritten auch bei rechtskräftiger Zurückweisung der Nebenintervention nach § 71 Abs. 3 ZPO nur *ex nunc* unwirksam.<sup>443</sup> Hinzu kommt, dass das Primärgericht bei Reife der Entscheidung über den Zwischenstreit nicht sogleich ein Urteil erlassen muss. Stattdessen kann es die Intervention bspw. erst zusammen mit dem Endurteil in der Hauptsache zurückweisen, wovon in der gerichtlichen Praxis Gebrauch gemacht wird.<sup>444</sup>

Der damit für den Dritten verbundene Schutz wird durch einen vergleichenden Blick auf die schweizerische Nebenintervention (Art. 74 ff. chZPO) deutlich: Prozesshandlungen des Dritten werden *ex tunc* unwirksam, sobald das Primärgericht seine Intervention durch prozessleitende Verfügung zurückweist.<sup>445</sup> Der Dritte ist dadurch vorerst vom Verfahren ausgeschlossen – auch, wenn er sich mittels Beschwerde nach Art. 319 ff. chZPO sowie ggf. nach Art. 72 ff. BGG gegen seine Zurückweisung wehrt. Denn die Beschwerden nach chZPO bzw. BGG haben beide keinen Suspensiveffekt, vgl. Art. 325 Abs. 1 chZPO bzw. Art. 103 Abs. 1 BGG.

<sup>441</sup> Macht der Dritte die weiteren Handlungsbefugnisse nach § 69 ZPO geltend, bedarf es hingegen einer positiven, vom Zwischenstreit gesonderten Entscheidung hierüber (vgl. nur Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 71 Rn. 4 mit § 69 Rn. 20 f.; *Windel*, Interventionsgrund, 1992, S. 18 m. w. N. in Fn. 43).

<sup>442</sup> S. dazu noch unten § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>443</sup> S. statt vieler BGH NJW-RR 2020, 942 Rn. 11; BGH NJW 2019, 3155 Rn. 53; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 20223 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 71 Rn. 46; *Schumann*, ZJP 133 (2020), 401, 404 ff.; *Windel*, Interventionsgrund, 1992, S. 18; a. A. unter anderem noch *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 56 S. 636 sowie das von BGH NJW-RR 2020, 942 abgelehnte OLG Rostock BeckRS 2019, 12545, Rn. 30. Zur geschichtlichen Abkehr von der *ex tunc* Unwirksamkeit eingehend *Schumann*, ZJP 133 (2020), 401, 414 ff.

<sup>444</sup> So wurde die Nebenintervention (in der Berufungsinstanz) im Fall des BGH NJW-RR 2020, 942 ff. erst zusammen mit dem Endurteil über die Berufung zurückgewiesen. Weitere Fälle sind etwa BGH NJW 2002, 1872; BGH NJW 1982, 2070; RGZ 38, 400 ff.

<sup>445</sup> S. statt vieler BaslerKo-chZPO/*Graber*, Art. 76 Rn. 3; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*E. Staehelin/Schweizer*, Art. 75 Rn. 16.

*c) Aber: Die äußerst schwache Stellung des Nebenintervenienten im Primärprozess*

Das Interesse des Dritten an (proaktivem) Rechtsschutz ist allerdings trotz der weit eröffneten Möglichkeit, dem Primärprozess als Nebenintervenient beizutreten, *insgesamt nur schwach geschützt*. Denn die Nebenintervention gewährt dem Dritten nur eine stark eingeschränkte, weitgehend von der Hauptpartei abhängige Prozessführungsbefugnis:

aa) Einfache Nebenintervention

Ganz besonders betrifft dies die – praktisch weit überwiegenden – Fälle, in denen das Primärurteil auf die Rechtsposition des Dritten nicht durch Rechtskraft-, Gestaltungs-, Vollstreckungs- oder Tatbestandswirkung, sondern nur mittelbar einwirkt (sog. „einfache Nebenintervention“ in Abgrenzung zur streitgenössischen Nebenintervention des § 69 ZPO<sup>446</sup>). Die Prozessführungsbefugnis bemisst sich in diesem Fall nach § 67 ZPO:

Vergleichsweise unbedeutend ist noch die Einschränkung, dass der Dritte den Prozess nach § 67 Satz 1 Hs. 1 ZPO „in der Lage annehmen [muss], in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet“. Diese Einschränkung beruht auf der Wertung, dass die Streithilfe die Handlungsbefugnisse der Hauptpartei gegenüber dem Verfahrensgegner zur Wahrung der prozessualen Waffengleichheit nicht ausdehnen darf (sog. Prinzip der Akzessorietät der Streithilfe).<sup>447</sup> Der Dritte kann Prozesshandlungen daher nur vornehmen, wenn sie auch die Hauptpartei vornehmen könnte. Erfährt der Dritte rechtzeitig vom Primärprozess, wirkt sich diese Einschränkung freilich nicht auf die Effektivität der Rechtsschutzmöglichkeit aus.

Demgegenüber ist von entscheidender Bedeutung, dass die Nebenintervention nach § 66 Abs. 1 ZPO auf eine reine Unterstützung der Hauptpartei ausgerichtet ist<sup>448</sup>: Dies wirkt sich zunächst darin aus, dass der Dritte den Rechtsstreit nur in dem von der Hauptpartei gesteckten Rahmen führen, nicht aber über den Streitgegenstand (durch Klageänderungen, Klagerücknahme, Erklärung der Erledigung etc.) disponieren kann.<sup>449</sup> Außerdem kann der Dritte aufgrund seiner Unterstützungs-

<sup>446</sup> S. zur Abgrenzung und damit zum Anwendungsfeld der streitgenössischen Nebenintervention noch unten § 3 III. 2. c) bb) (S. 118 ff.).

<sup>447</sup> S. zum Prinzip der Akzessorietät der Streithilfe statt vieler RGZ 18, 416, 417; *Fuhrmann*, NJW 1982, 978, 979; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 67 Rn. 10; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 640; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 82.

<sup>448</sup> Deziidiert zuletzt BGH BeckRS 2022, 1307 Rn. 7; BGH NJOZ 2017, 568 Rn. 19.

<sup>449</sup> S. etwa RGZ 20, 390, 393; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 67 Rn. 20; *Windel*, ZZP 104 (1991), 321, 325; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 641; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 82 ff. Teilweise wird jedoch eine Klageänderung durch den Dritten zugelassen, wenn ihr die Hauptpartei zustimmt, vgl. RGZ 68, 10, 14 (sogar nur hilfsweise auf eine Zustimmung der unterstützten Partei abstellend); *Zöller/Althammer*, § 67 Rn. 9a (der Rekurs auf BGH NJW 2017, 3718 leitet jedoch fehl, denn der BGH hält in Rn. 11

funktion nach einhelligem Verständnis schon *a priori* nur solche Prozesshandlungen wirksam vornehmen, die abstrakt betrachtet mit dem Rechtsschutzziel der Hauptpartei in Einklang stehen.<sup>450</sup> Rechtsschutz ist dem Dritten somit allenfalls insoweit möglich, als sein beabsichtigter Vortrag auch für die Hauptpartei günstig ist.

Dies muss nicht immer der Fall sein: Im Fallbeispiel zur Streupflicht<sup>451</sup>, in dem ein Spaziergänger auf einem ungeräumten Gehweg ausrutscht und sich verletzt, mag die Stadt dem Spaziergänger in seinem Prozess gegen den anliegenden Hauseigentümer zur Unterstützung als Nebenintervenientin beitreten, weil sie die Streupflicht nach ihrer Auffassung wirksam auf den Hauseigentümer delegiert hat. Im Rahmen der Unterstützung ist der Stadt jedoch verwehrt, ein Mitverschulden des Spaziergängers einzuwenden.

Darüber hinaus kann die Hauptpartei nach § 67 Satz 1 Hs. 2 ZPO jeder Prozesshandlung des Dritten widersprechen (wobei dies ausdrücklich oder konkludent, nachträglich oder antizipiert erfolgen kann<sup>452</sup>), ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erforderlich ist. Hiervon wird die Hauptpartei in der Praxis häufig umfassend Gebrauch machen und den Dritten nur aus seiner Sphäre stammende Tatsachen und Beweismittel einbringen lassen, auf die sie angewiesen ist, einer Prozessführung durch den Dritten sonst hingegen pauschal ablehnend gegenüberstehen: Die Hauptpartei muss befürchten, dass die Prozessführung des Dritten – auch, wenn sein Vortrag für sie abstrakt betrachtet günstig sein mag – die eigene Prozessstrategie konterkariert (etwa, weil mit anderen Schwerpunkten in der Sachverhaltsdarstellung eine etwas andere „Geschichte“ erzählt wird, oder, weil aus Sicht der Hauptpartei durch aussichtslose Beweisangebote die eigene Linie verwässert wird). Kurzum: Die Hauptpartei wird das Zepter der Prozessführung in aller Regel nicht aus ihrer Hand geben wollen – erst recht nicht bei anwaltlicher Vertretung. Auch wenn der Dritte nach der historischen Konzeption nicht bereits durch „antizipierten Generalwiderspruch“ generell von der Mitwirkung am Primärprozess ausgeschlossen werden können soll,<sup>453</sup> wird ihm effektiver Rechtsschutz somit jedenfalls praktisch betrachtet häufig vollständig verwehrt sein.

---

gerade fest, dass der Nebenintervenient im KapMuG-Verfahren keine Erweiterung nach § 15 beantragen kann); *Schneider*, MDR 1990, 505, 506 f.

<sup>450</sup> S. etwa BGH NJW 1982, 281, 282; BGH NJW 1956, 1562; BayObLG NJW 1964, 302, 303; RGZ 112, 164, 166 ff.; *Canstein*, ZZP 8 (1885), 217, 243; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 67 Rn. 14; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 641; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 82.

<sup>451</sup> Oben § 3 I. 2. a) cc) (S. 64).

<sup>452</sup> Aus der Rechtsprechung BGH BeckRS 2017, 101997 Rn. 19; BGHZ 49, 183, 188; BGH NJW 1989, 1357, 1358.

<sup>453</sup> Ein solches Ablehnungsrecht wurde der Hauptpartei in der gemeinrechtlichen Doktrin des 19. Jahrhunderts für die einfache Nebenintervention (die damalige *interventio accessoria*) noch verbreitet zuerkannt (*Brauer*, AcP 24 (1841), 423, 464; *Gensler*, AcP 4 (1821), 153, 169; *Maxen*, ZCP 21 (1864), 365, 374, 398 f.), in die CPO aber nicht aufgenommen (Motive, S. 88 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 178). Zur Unzulässigkeit eines Generalwiderspruchs aus der heutigen Literatur nur *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 67 Rn. 16.

Neben dem Umstand, dass eine Nebenintervention nur um den Preis der Interventionswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO möglich ist,<sup>454</sup> erklärt vor allem diese trübe Aussicht für den Dritten, warum von der initiativen (einfachen) Nebenintervention nach allgemeiner Einschätzung kaum Gebrauch gemacht wird.<sup>455</sup> Damit bleibt festzuhalten: Das Interesse des Dritten an proaktivem Rechtsschutz wird in Fällen mittelbarer Betroffenheit (d. h. der einfachen Nebenintervention) nahezu nicht geschützt. Die gesetzgeberische Interessenbewertung ist „nah dran an einem Totalausschluss“.

#### bb) Streitgenössische Nebenintervention

Im Anwendungsfeld der Streitgenössischen Nebenintervention ändert sich die Bewertung ein Stück weit, was darauf beruht, dass im Primärprozess teilweise unmittelbar auch über die Rechtsposition des Dritten entschieden wird und sich der Dritte insoweit ausschließlich im Primärprozess Gehör verschaffen kann.<sup>456</sup>

Exkurs zum Anwendungsfeld der Streitgenössischen Nebenintervention: Der soeben genannten Teleologie folgend ist das sachliche Anwendungsfeld der Streitgenössischen Nebenintervention über den Wortlaut des § 69 ZPO („Insofern [...] die Rechtskraft [...]“) hinaus auf alle Fälle zu erweitern, in denen das Primärurteil durch Gestaltungs-, Vollstreckungs- oder Tatbestandswirkung unmittelbar rechtlich auf die materiellrechtliche Rechtsposition des Dritten einwirkt.<sup>457</sup> Die zur teleologischen Extension notwendige, planwidrige Regelungslücke liegt vor: In den Beratungen zum Hannoverschen, Preußischen und Norddeutschen Entwurf wurde bereits erkannt, dass die Ausweitung der Handlungsbefugnisse des Streitgenössischen Nebenintervenienten angesichts der unmittelbaren Einwirkung des Primärurteils auf seine Rechtsstellung geboten ist.<sup>458</sup> Allerdings waren die Wirkungen, die von einem Urteil ausgehen

<sup>454</sup> S. dazu näher unten § 3 III. 2. d) (S. 119 ff.).

<sup>455</sup> Mit dieser Einschätzung Wieczorek/Schütze/Mansel, § 66 Rn. 5; Schlosser, FS Geimer I, 2002, S. 947, 957; MüKo-ZPO/Schultes, § 66 Rn. 2; Wagner, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 42 sowie dezidiert Grunsky, Taktik im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1996, S. 15 f. (die Nebenintervention sei „juristischer Kunstfehler“).

<sup>456</sup> S. dazu näher unten § 3 III. 2. d) (S. 119 ff.).

<sup>457</sup> Wie hier schon A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 58 S. 648; aus der Rechtsprechung BAGE 34, 146, 149 f.; neuerdings OLG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2022, 41505 Rn. 3; zudem Wieczorek/Schütze/Mansel, § 69 Rn. 8; Wieser, ZZZ 112 (1999), 439, 445 f.; die noch herrschende Meinung erweitert § 69 ZPO trotz derselben Grundlegung zur Teleologie (vgl. etwa BGH BeckRS 2022, 1307 Rn. 9; BGH NJOZ 2017, 568, 569 Rn. 17) hingegen nicht auf Fälle der Tatbestandswirkung, vgl. etwa BGHZ 92, 275, 277; BGH GRUR 1998, 382, 385; Beck-OK-ZPO/Selle, § 69 Rn. 5 f. (implizit); Stein/Jacoby, § 69 Rn. 7; MüKo-ZPO/Schultes, § 69 Rn. 8; Musielak/Voit/Weth, § 69 Rn. 4 f. (implizit).

<sup>458</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 152: „Das gemeinsame Merkmal der einschlagenden Fälle liege darin, daß [...] ein Erkenntniß möglich sei, welches den Intervenienten unmittelbar mit Rechtsverlust bedrohe.“ Hannoversche Protokolle, S. 768; Motive zum Preußischen Entwurf, S. 186.

können, bei Schaffung der CPO von 1879 dogmatisch noch nicht vollständig durchdrungen.<sup>459</sup> Bezeichnenderweise führen die Motive zu § 65 CPO (heute § 69 ZPO) für die streitgenössische Nebenintervention Beispiele an, die klassische Fälle bloßer mittelbarer Betroffenheit sind<sup>460</sup>: So wird dort der Fall genannt, dass der Vermächtnisnehmer dem Testamentserben in seinem Prozess gegen den gesetzlichen Erben um die Wirksamkeit des Testaments beitrifft. Das rechtliche Interesse des Vermächtnisnehmers gründet sich hier allein auf der faktischen Präjudizwirkung eines die Unwirksamkeit des Testaments feststellenden Urteils. Eine Beschränkung des § 69 ZPO auf die Rechtskraftwirkung scheint demnach nicht beabsichtigt.<sup>461</sup> Aus demselben Grund ist § 69 ZPO schließlich in persönlicher Hinsicht auf Fälle zu erweitern, in denen das Primärurteil unmittelbar auf die Rechtsposition des Dritten im Verhältnis zur Hauptpartei einwirkt.<sup>462</sup>

Nach § 69 ZPO „gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei“. Dies hat nach einhelligem Verständnis zur Folge, dass Prozesshandlungen des Dritten auch gegen einen Widerspruch der Hauptpartei nach § 67 Satz 1 Hs. 2 ZPO wirksam bleiben.<sup>463</sup> Da gleichwohl nur eine einheitliche Feststellung getroffen werden kann, ist zwischen Hauptpartei und Drittem widersprüchlicher Vortrag im Rahmen des § 286 ZPO frei zu würdigen.<sup>464</sup> Die primären Einschränkungen in der Prozessführung bleiben allerdings auch für den streitgenössischen Nebenintervenienten bestehen, denn auch er ist nach der Weichenstellung in § 66 Abs. 1 ZPO nur *Streithelfer* der Hauptpartei<sup>465</sup>:

So kann er grundsätzlich keine Dispositionen über den Streitgegenstand treffen.<sup>466</sup> Von einschneidender Tragweite ist zudem, dass er wie der einfache Neben-

<sup>459</sup> S. zu dieser Einschätzung im Kontext der Nebenintervention BGHZ 92, 275, 276 f.; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 69 Rn. 9; *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 58 S. 647 Fn. 1; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 144 f.; *G. Wolff*, Die streitgenössische Nebenintervention, 1950, S. 25 f.; zudem die Passage in den Norddeutschen Protokollen zu § 86 des Entwurfs, S. 443.

<sup>460</sup> Motive, S. 88 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 178.

<sup>461</sup> *A. Wach*, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 58 S. 647 Fn. 1.

<sup>462</sup> Wie hier Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 69 Rn. 13; *Stahl*, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 80 f.; *Wieser*, ZZZ 112 (1999), 439, 445 f.; a. A. die herrschende Auffassung, vgl. etwa BGH BeckRS 2022, 1307 Rn. 9; BGH NJW 2002, 1872, 1873; BGHZ 92, 275, 276 f.; Zöller/*Althammer*, § 69 Rn. 2; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 69 Rn. 3; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 69 Rn. 4; Musielak/*Voit/Weth*, § 69 Rn. 3.

<sup>463</sup> S. statt vieler BGH BeckRS 2022, 1307 Rn. 9; BGH NJW-RR 2012, 233 Rn. 4; BGH NJW 2008, 1889 Rn. 8; *Bischof*, JurBüro 1984, 969, 976 f.; *Stein/Jacoby*, § 69 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 69 Rn. 2; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 69 Rn. 13; *Wieser*, ZZZ 112 (1999), 439, 441.

<sup>464</sup> RGZ 34, 360, 366; Zöller/*Althammer*, § 69 Rn. 7; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 69 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 69 Rn. 66.

<sup>465</sup> Deziidiert zuletzt BGH BeckRS 2022, 1307 Rn. 7; BGH NJOZ 2017, 568 Rn. 19.

<sup>466</sup> RGZ 164, 129, 131; *Lammenet*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 138; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 69 Rn. 46; *Stahl*, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 104 ff.; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 122 u. 209 ff.; *G. Wolff*, Die streitgenössische Nebenintervention, 1950, S. 104 ff. Umstritten ist allerdings



intervenient nur vortragen kann, *soweit der Vortrag abstrakt betrachtet ebenfalls für die Hauptpartei vorteilhaft ist*.<sup>467</sup> Schließlich ist auch seine Prozessführungsbefugnis grundsätzlich akzessorisch zu derjenigen der Hauptpartei (§ 67 Satz 1 Hs. 1 ZPO).<sup>468</sup> Die Prozessführungsbefugnis des streitgenössischen Nebenintervenienten ist somit längst nicht so „selbständig“, wie sie gerne gezeichnet wird: Sie ist gegenüber derjenigen des einfachen Nebenintervenienten im Wesentlichen darum erweitert, dass der Dritte im Rahmen dessen, was der Hauptpartei abstrakt betrachtet zur Durchsetzung ihres Rechtsschutzziels verhilft, nicht auf den von ihr eingeschlagenen Pfad verwiesen ist, sondern die nach eigener Überzeugung bestmögliche Prozessführung wählen kann.

Diese Beobachtung verdeutlicht, dass das Interesse des Dritten an (proaktivem) Rechtsschutz nach der gesetzgeberischen Bewertung insgesamt weitaus weniger gewichtig angesehen wird als das Interesse der Hauptpartei an einer autonomen Führung ihres Prozesses. Die Differenzierung zwischen dem nicht besonders starken Schutz des streitgenössischen Nebenintervenienten und dem praktisch nahezu vollständig ausgeschlossenen proaktiven Rechtsschutz des einfachen Nebenintervenienten wird für die Frage nach der wertungsmäßigen Zulässigkeit einer initiativen Nebenintervention in Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO noch eine entscheidende Rolle spielen.<sup>469</sup>

#### d) Die der Interessenbewertung zugrunde liegenden Wertungen

Der schwache Schutz des Dritten in seinem Interesse an (proaktivem) Rechtsschutz beruht auf der gesetzgeberischen Bewertung, die Autonomie der Hauptpartei in ihrer Prozessführung höher zu gewichten. Lediglich in Fällen, in denen das Primärurteil durch Rechtskraft-, Gestaltungs-, Vollstreckungs- oder Tatbestandswirkung unmittelbar *rechtlich* auf die Rechtsstellung des Dritten einwirkt, bedingt das rechtliche Gehör des Dritten eine Verlagerung der Interessenabwägung zugunsten des Rechtsschutzinteresses des Dritten, da er sich insoweit nur im Primärprozess rechtliches Gehör verschaffen kann.<sup>470</sup> Allerdings verschiebt sich die Interessenbe-

---

etwa, ob der streitgenössische Nebenintervenient Anerkenntnis und Verzicht erklären kann, vgl. m. w. N. zum Streitstand Wieczorek/Schütze/Mansel, § 69 Rn. 47.

<sup>467</sup> Lammenett, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, 1976, S. 138 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 69 Rn. 43; Stahl, Beiladung und Nebenintervention, 1972, S. 104; Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 122, 210 f.; G. Wolff, Die streitgenössische Nebenintervention, 1950, S. 103; a. A. Kittner, JuS 1986, 131, 134.

<sup>468</sup> S. etwa BGH BeckRS 2010, 19318 Rn. 7; BGH NJW-RR 1997, 865; Zöller/Althammer, § 69 Rn. 7; Bischof, JurBüro 1984, 969, 982; Stein/Jacoby, § 69 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 69 Rn. 44; Schlosser, Gestaltungsclagen, 1966, S. 208 f.; MüKo-ZPO/Schultes, § 69 Rn. 12 („allerdings nur, soweit sein Anspruch auf rechtliches Gehör dadurch nicht verkrüzt wird“); diese Einschränkung herleitend Schultes, Drittbeteiligung, 1994, S. 38 f.

<sup>469</sup> S. dazu unten § 41.4. (S. 158 ff.).

<sup>470</sup> S. zu dieser Maßgabe des rechtlichen Gehörs etwa Zöller/Althammer, § 69 Rn. 1; J. Braun, JZ 1985, 339, 340; Lammenett, Nebenintervention, Streitverkündung und Beila-



wertung dadurch nur ein Stück weit. Vollumfängliches rechtliches Gehör wird dem streitgenössischen Nebenintervenienten im Primärprozess nicht gewährt, denn die primäre Beschränkung zugunsten der Autonomie der Hauptpartei bleibt mit der Ausrichtung auf eine reine Unterstützungsbefugnis bestehen.<sup>471</sup>

Hingegen ist das rechtliche Gehör des Dritten in den Konstellationen mittelbarer Betroffenheit der einfachen Nebenintervention, entgegen teilweisem Ausspruch,<sup>472</sup> keine maßgebliche Wertung<sup>473</sup>: Rechtliches Gehör wird dem Dritten insoweit vollumfänglich noch im Sekundärprozess gewährt. Die durch seinen Beitritt ausgelöste Interventionswirkung darf zwar nur eintreten, soweit dem Dritten rechtliches Gehör gewährt wurde. Das rechtliche Gehör erlangt dadurch allerdings nicht als Beweggrund, sondern nur als Produkt der gesetzgeberischen Interessenbewertung Bedeutung.

In diesem Zusammenhang fragt sich schließlich, auf welcher Wertung die ausschließlich zulasten des Dritten angeordnete<sup>474</sup> Interventionswirkung beruht. Denkbar wäre, dass auch bei einem initiativen Beitritt des Dritten das Interesse der Hauptpartei an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts geschützt werden soll. Näher besehen überzeugt dies jedoch nicht: In den Fällen einer zulässigen Nebenintervention besteht aufgrund der Ausrichtung des „rechtlichen Interesses“ auf den Rechtsschutz des Dritten nicht notwendigerweise das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts. Zudem ist die Hauptpartei durch die im gesamten Risikogebiet mögliche<sup>475</sup> Streitverkündungswirkung bereits ausreichend geschützt. Möglich wäre ferner, dass die Interventionswirkung im öffentlichen Interesse angeordnet wird, um im Sinne der Prozessökonomie Justizressourcen zu schonen und im Sinne der Vertrauenssiche-

---

dung, 1976, S. 11; *Lüke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 219 ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 69 Rn. 2; *Pawlowski*, JZ 1975, 681, 684; *Schlosser*, JZ 1967, 431, 434 f.; *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 121; *Wieser*, ZZZ 112 (1999), 439, 441.

<sup>471</sup> Dies sieht auch *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 457; *Schlosser*, Gestaltungsklagen, 1966, S. 207 f.; *Waldner*, Rechtliches Gehör, 1989, S. 126 sowie *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 4, jedoch in Widerspruch zu § 69 Rn. 2 („Das rechtliche Gehör wird daher bereits im Vorprozess uneingeschränkt gewährt“). Die dort in Fn. 3 genannten Fundstellen sprechen nicht von einer uneingeschränkten Gehörgewähr.

<sup>472</sup> *Bettermann*, ZZZ 90 (1977), 121, 124; *BeckOK-ZPO/Selle*, § 66 Rn. 1; *Schultes*, Drittbeteiligung, 1994, S. 12 ff.; *MüKo-ZPO/Schultes*, § 66 Rn. 1; *Musielak/Voit/Weth*, § 66 Rn. 1.

<sup>473</sup> *Austmann*, ZHR 158 (1994), 495, 497; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 4; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 457. Allgemein zur Korrespondenz von rechtlichem Gehör und unmittelbarer Einwirkung gerichtlicher Entscheidungen BVerfGE 21, 132, 138 f.; BVerfGE 60, 7, 12 ff.; *Bork*, FS Kerameus, 2009, S. 141, 144; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 106.

<sup>474</sup> S. zum subjektiven Umfang der Interventionswirkung oben § 3 I.2. c) cc) (S. 82 ff.).

<sup>475</sup> S. dazu oben § 3 I.2. a) (S. 59 ff.) (Untersuchung) sowie § 3 I.2. c) (S. 73 f.) (Fazit).

rung widersprüchliche Feststellungen zu vermeiden.<sup>476</sup> Insoweit hat allerdings schon die Untersuchung zur Streitverkündungswirkung gezeigt, dass diese Überlegung nicht überzeugt und öffentliche Interessen grundsätzlich nur im Reflex verwirklicht werden.<sup>477</sup> Demgegenüber beruht die *Interventionswirkung* ausweislich der Entstehungsmaterialien auf einer anderen Wertung: Sie ist als Ausgleich, als Preis dafür angeordnet, dass sich der Dritte im Primärprozess zur Wahrung seines Rechtsschutzinteresses einmischen durfte.<sup>478</sup>

### 3. Kein relevanter Schutz durch weitere Drittbeteiligungsinstrumente

Andere Drittbeteiligungsinstrumente ermöglichen dem Dritten keinen nennenswert stärkeren (proaktiven) Rechtsschutz: Im Anwendungsfeld der Hauptintervention ist der Rechtsschutz zwar deutlich stärker. Denn der Dritte ist insoweit nicht darauf verwiesen, zunächst als einfacher Nebenintervenient – und damit in den Grenzen der oben herausgearbeiteten Prozessführungsbefugnis – im Hauptprozess eine Verurteilung der Partei abzuwenden, gegen die er die Sache oder das Recht behauptet, und sodann einen weiteren Prozess (bspw. eine Herausgabeklage) gegen diese Partei zu führen. Sondern er erhält durch die Interventionsklage gegen beide Parteien unmittelbaren Rechtsschutz. Aus der Makroperspektive betrachtet ändert diese Möglichkeit aufgrund ihrer verschwindend geringen praktischen Bedeutung<sup>479</sup> allerdings nichts am aufgefundenen Interessenschutz. Jenseits des Anwendungsfelds der Hauptintervention ist eine Interventionsklage zudem ausgeschlossen.<sup>480</sup>

<sup>476</sup> Spezifisch zur Interventionswirkung *Diedrich*, Interventionswirkung, 2000, S. 117; *Jacoby*, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 32; *Kittner*, JuS 1986, 624; *Schneider*, MDR 1961, 3, 6; *Schober*, Drittbeteiligung im Zivilprozess, 1990, S. 76; *Musielak/Voit/Weth*, § 66 Rn. 1; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 36 ff.; nicht eindeutig, ob als Reflexwirkung oder als maßgebliche Wertung angesehen, bei *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 4; *MüKo-ZPO/Schultes*, § 66 Rn. 1.

<sup>477</sup> S. dazu oben § 31.4.c) (S. 99 ff.).

<sup>478</sup> Motive zum Preußischen Entwurf, S. 186; Motive zum Preußischen Justizministerialentwurf, S. 272 f.; *Maxen*, ZCP 21 (1864), 365, 395 f. Aus der zeitgenössischen Literatur *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 66 Rn. 43, § 68 Rn. 3; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 46.

<sup>479</sup> S. dazu oben § 31.3.b) (S. 92 f.) in Fn. 333.

<sup>480</sup> S. zur Unzulässigkeit einer Widerklage durch Dritte etwa OLG Stuttgart MDR 2012, 1186; OLG Hamburg NJW-RR 2004, 62, 63; *Musielak/Voit/Heinrich*, § 33 Rn. 19; *Schröder*, AcP 164 (1964), 517, 534; *BeckOK-ZPO/Toussaint*, § 33 Rn. 18; *Uhlmannsiek*, MDR 1996, 114, 115; a.A. aber tendenziell *Fenge*, JR 1973, 19 (offen gelassen entgegen verbreiteter Zitierung gegen die Zulässigkeit einer Widerklage durch Dritte von BGH JR 1973, 18).

#### IV. Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse gegen eine Verzögerung des Primärprozesses

Wie bereits aufgeworfen, hat der Verfahrensgegner typischerweise kein Interesse an einer Beteiligung des Dritten.<sup>481</sup> Im Gegenteil hat die Drittbeteiligung das Potenzial, den Primärprozess zu verzögern – sei es durch einen erhöhten Administrationsaufwand, durch eine etwaige Aussetzung des Primärprozesses wegen der Beteiligung des Dritten, durch Einlassungsfristen für diesen etc. Der gesetzlichen Regelung liegt zwar die Wertungsentscheidung zugrunde, dass der Verfahrensgegner eine – nach den herausgearbeiteten Maßstäben – berechnete Intervention des Dritten nicht ablehnen können soll. Er hat insofern kein „Recht auf einen Zweikampf“.<sup>482</sup> Allerdings wird sein Interesse gegen eine Verzögerung des Primärprozesses durch verschiedene gesetzliche Gestaltungen geschützt.<sup>483</sup> Wie im Folgenden zu zeigen ist, ist dieser Schutz grundsätzlich vollständig:

##### 1. Grundsätzlich: Keine Verzögerung des Primärprozesses

Der Streitgegenstand bleibt auch bei einer Beteiligung des Dritten grundsätzlich auf den des Primärprozesses beschränkt, da die zivilprozessualen Drittbeteiligungsinstrumente grundsätzlich keine Durchbrechung der Zweiparteienstruktur zugunsten eines Mehrparteienprozesses ermöglichen.

Eine Ausnahme stellt die Hauptintervention dar, mit der der Dritte den Parteien des Erstprozesses beide ihn betreffenden Streitgegenstände aufdrängen kann. Eine Verzögerung des Hauptprozesses ist allerdings auch in diesem Fall (nahezu) ausgeschlossen, da dessen Aussetzung gemäß § 65 ZPO nach herrschender Auffassung nicht vom Hauptintervenienten be-

---

<sup>481</sup> In manchen Fällen kann allerdings auch der Verfahrensgegner ein Interesse an der Unterstützung durch den Dritten oder an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts haben. Er ist dann im technischen Sinn ebenso „Hauptpartei“ und kann dem Dritten den Streit verkünden – ggf. mit der Folge einer doppelten Streitverkündung gegenüber dem Dritten. Typisch ist dies etwa für die Fälle der *falsus procurator* Haftung: K klagt gegen seinen potenziellen Vertragspartner B auf Erfüllung des Vertrags, bei dessen Abschluss B möglicherweise – darüber besteht Streit – von V wirksam vertreten wurde. Hier sind sowohl K als auch B mit V in der Weise verbunden, dass sie je nach Ausgang des Primärprozesses einen weiteren Prozess gegen V anstrengen werden. Der potenziell Vertretene B wird sich bei V schadlos halten wollen, wenn und weil V ihn aufgrund des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzips zwar wirksam, aber im Innenverhältnis unberechtigt vertreten hat. Und K wird den V (möglicherweise auf Erfüllung) in Anspruch nehmen wollen, wenn und weil V als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

<sup>482</sup> Windel, Interventionsgrund, 1992, S. 19.

<sup>483</sup> Der Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse gegen eine Verfahrensverzögerung hat in den Vorarbeiten zur CPO von 1879 mehrfach Ausdruck gefunden, vgl. etwa Motive zum Preussischen Entwurf, S. 187; Preussischer Justizministerialentwurf 1871, S. 273; Motive, S. 88 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 178 f. im Anschluss an die Norddeutschen Protokolle, S. 165.

antrag werden kann,<sup>484</sup> und vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist (wobei eine Deckung der Streitinhalt der wesentliche Gesichtspunkt sein wird).

Zudem berühren Streitverkündung und Nebenintervention den Fortgang des Primärprozesses nicht: Weder wird der Primärprozess bis zur Zustellung der Streitverkündung ausgesetzt,<sup>485</sup> noch stellt eine Streitverkündung einen Grund für eine Terminänderung nach § 227 ZPO dar.<sup>486</sup> Ob ein Streitverkündungsgrund vorliegt, prüft erst das Gericht im Sekundärprozess (außer in dem praktisch kaum relevanten, aber zumindest denkbaren Fall, dass sich das „rechtliche Interesse“ des Dritten nach § 66 Abs. 1 ZPO nur mit dem Streitverkündungsgrund begründen lässt). Die Voraussetzungen der Nebenintervention werden „nebenbei“ geprüft, währenddessen der Dritte dem Verfahren nach § 71 Abs. 3 ZPO zugezogen ist, und in der gerichtlichen Praxis oftmals erst zusammen mit der Endentscheidung.<sup>487</sup> Damit läuft der Primärprozess auch bei Intervention des Dritten praktisch ungehindert weiter.<sup>488</sup> Außerdem ist ein mögliches Zwischenurteil über die Zulassung oder Zurückweisung der Nebenintervention zur weiteren Beschleunigung nach § 71 Abs. 2 ZPO nur mit sofortiger Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO angreifbar.<sup>489</sup> Schließlich verhindert das Prinzip der Akzessorietät der Streithilfe nach §§ 66 Abs. 1, 67 Satz 1 Hs. 1 ZPO, wonach der Dritte den Rechtsstreit *auch in zeitlicher Hinsicht* in der gegebenen Lage annehmen muss, dass das Verfahren im Rahmen seiner Prozessführung verzögert wird.

## 2. Nur punktuelle Ausnahmen

Von der Akzessorietät der Streithilfe werden nach herrschender Auffassung nur im Anwendungsfeld der streitgenössischen Nebenintervention punktuell Ausnahmen gemacht, um das rechtliche Gehör des Dritten<sup>490</sup> zu verwirklichen. Ob sich diese Ausnahmen angesichts der auch an die streitgenössische Nebenintervention

<sup>484</sup> S. zur herrschenden Auffassung m. w. N. nur Wieczorek/Schütze/Mansel, § 65 Rn. 1 (dort auch zur von Mansel vertretenen Gegenauffassung, wonach dem Hauptintervenienten ein Antragsrecht zukomme).

<sup>485</sup> BGH GRUR 2018, 853, 855.

<sup>486</sup> So schon Motive, S. 90 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 180; zudem OLG Köln NJW 1981, 2263, 2264; Stein/Jacoby, § 73 Rn. 3; Kittner, JuS 1985, 703, 706; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 74 Rn. 11.

<sup>487</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. b) (S. 114 f.).

<sup>488</sup> S. dazu, dass dadurch das Interesse des Verfahrensgegners geschützt werden soll, statt vieler Motive, S. 88 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 178 f.; Schumann, ZJP 133 (2020), 401, 405.

<sup>489</sup> S. etwa Wieczorek/Schütze/Mansel, § 71 Rn. 2 sowie bereits die Motive zum Preussischen Entwurf, S. 187, für den dort nach § 731 implementierten Mechanismus, dass der Dritte die Zurückweisung der Nebenintervention nur zusammen mit der Hauptsache angreifen kann, wenn diese in die nächsthöhere Instanz gelangt.

<sup>490</sup> S. zur Betroffenheit des rechtlichen Gehörs des Dritten im Anwendungsfeld der streitgenössischen Nebenintervention oben § 3 III. 2. d) (S. 119 ff.).

gerichteten Anordnung in § 67 Satz 1 Hs. 1 ZPO *praeter legem* entwickelten Ausnahmen halten lassen, sei hier dahingestellt. Denn jedenfalls für die Frage nach der Legitimation einer Nebenintervention im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist die Wertungsentscheidung zugunsten einer grundsätzlich vollständig zu verhindernden Verzögerung des Primärprozesses zu beachten, da im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ohne Parteistellung des Dritten an der Schiedsvereinbarung *a priori* nur eine einfache Nebenintervention in Betracht kommt.<sup>491</sup>

Eine praktisch kaum bedeutsame<sup>492</sup> Ausnahme besteht schließlich im Anwendungsfeld der Urheberbenennung: Insoweit kann die Hauptpartei eine Verhandlung zur Hauptsache nach § 76 Abs. 1 Satz 2 ZPO jedenfalls bis zur Erklärung des Urhebers über seinen Beitritt bzw. bis zum Ablauf seiner Erklärungsfrist verweigern.

## V. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten

In der Gesamtbetrachtung ist das System teuer, das die zivilprozessualen Instrumente zur Beilegung von verwobenen Mehrpersonenkonflikten bereithalten: Zwar mag ein Sekundärprozess bei erfolgreicher Unterstützung der Hauptpartei obsolet werden und kann möglicherweise auch bei ihrem Unterliegen durch die infolge des Drucks der Streitverkündungs- bzw. Interventionswirkung erhöhte Vergleichsbereitschaft verhindert werden. Kommt es gleichwohl zum Sekundärprozess, müssen jedoch zwei (oder mehr) grundsätzlich eigenständige Prozesse geführt werden. Diese Wertungsentscheidung ist angesichts der bewussten Ablehnung der Streitverkündungsklage und damit *eines* ggf. kostensparenden Mehrparteienprozesses hinzunehmen und auch im Rahmen der hier untersuchten Rechtsfortbildung zum Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu beachten.<sup>493</sup>

Im Primär- und Sekundärprozess richtet sich die Kostenverteilung zwischen den jeweiligen Verfahrensparteien grundsätzlich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 91 ff. ZPO. Die Beteiligung des Dritten hat jedoch das Potenzial, Mehrkosten zu verursachen: streitverkündungsbedingte Kosten der Hauptpartei für eine anwaltliche Beratung vor Verkündung des Streits, für den Entwurf des Streitverkündungsschriftsatzes nach § 73 ZPO, bei dessen Zustellung möglicherweise anfallende gerichtliche Kosten und Kosten des Dritten für die anwaltliche Beratung über einen Beitritt. Zudem interventionsbedingte Kosten für eine anwaltliche Vertretung des Nebenintervenienten im Primärprozess,<sup>494</sup> dessen Auslagen wie bspw. Fahrtkos-

<sup>491</sup> S. dazu eingehend unten § 4 I.4. b) (S. 160 f.).

<sup>492</sup> S. zur fehlenden praktischen Bedeutung der Urheberbenennung oben § 3 I.3. d) (S. 93 f.).

<sup>493</sup> S. zur Abkehr von der Streitverkündungsklage im Entstehungsprozess der CPO von 1879 oben § 3 I.3. a) (S. 91 f.).

<sup>494</sup> F. Peters, ZZZ 123 (2010), 321, 328 („Löwenanteil“).

ten,<sup>495</sup> durch die Nebenintervention auf Seiten der Hauptpartei oder des Verfahrensgegners entstehende Anwaltshonorare, spezifisch vom Dritten veranlasste Gerichtsgebühren sowie die den Beteiligten an einem Zwischenstreit nach § 71 ZPO entstehenden Kosten<sup>496</sup>. Dies bedingt entsprechende Interessen der Konfliktbeteiligten hinsichtlich der Verteilung dieser Kosten. Deren Abwägung ist im Folgenden zu untersuchen:

## 1. Kostenlast der Hauptpartei für die Kosten der Streitverkündung

Durch eine Streitverkündung fallen der Hauptpartei im Zivilprozess kaum Kosten an – im Wesentlichen zum Nachteil der Anwaltschaft<sup>497</sup>.

Denn die Kosten der anwaltlichen Beratung und Vertretung der Hauptpartei sind, wie der neu eingefügte § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1b RVG<sup>498</sup> klarstellt, Teil der „Kosten des Rechtsstreits“ und damit abgegolten durch die Anwaltsgebühren für den Rechtszug gem. Nr. 3100 ff. RVG. Dies umfasst ausweislich der angenommenen Beschlussempfehlung aus dem Bundestag neben den Kosten für den Entwurf des Streitverkündungsschriftsatzes alle weiteren Kosten, die mit der Streitverkündung im Primärprozess zusammenhängen, insbesondere die Vertretung im Rahmen des Zwischenstreits nach § 71 ZPO.<sup>499</sup> Auch fallen für die Streitverkündung keine gesonderten Gerichtsgebühren an und die gerichtlichen Auslagen für die Zustellung der Streitverkündung sind grundsätzlich in den zehn auslagenfreien Zustellungen nach Nr. 9002 KV-GKG enthalten.<sup>500</sup>

Für die mit dieser Untersuchung vorbereitete Rechtsfortbildung ist, da in einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ohnehin andere Kostenpositionen anfallen, indes die *Verteilung der Kostenlast* bedeutend: Eine gesetzliche Regelung gibt es nicht. Der historische Gesetzgeber hatte sie nicht für nötig erachtet. Er ging davon aus, dass die Kosten der Streitverkündung als Kosten des Rechtsstreits behandelt

<sup>495</sup> BGH ZIP 2007, 1337; OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2017, 137855 Rn. 32.

<sup>496</sup> Wobei im deutschen staatlichen Zivilprozess grundsätzlich keine gesonderten Gerichtsgebühren anfallen und auch die anwaltliche Vertretung nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RVG mit den Gebühren für den Rechtszug gem. Nr. 3100 ff. RVG abgegolten ist. Zu den möglicherweise anfallenden Kosten im Einzelnen Zöller/*Althammer*, § 71 Rn. 10; MüKo-ZPO/*Schultes*, § 71 Rn. 12 m.w.N.

<sup>497</sup> Insofern mit Kritik BeckOK-RVG/*Selmann*, § 19 Rn. 10; Musielak/Voit/*Weth*, § 74 Rn. 10.

<sup>498</sup> Eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 2021 durch das Gesetz zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 – KostRÄG 2021) v. 21. Dezember 2020, BGBl. I, S. 3229.

<sup>499</sup> BT-Drs. 19/24740, S. 78; m.w.N. zum Gesetzgebungsverfahren BeckOK-RVG/*Selmann*, § 19 Rn. 9; HK-RVG/*Ebert*, § 19 Rn. 19i.

<sup>500</sup> OLG Hamburg NJOZ 2017, 1450, 1450 f. Der Hauptpartei können somit nur geringfügige Kosten für davon nicht abgedeckte Auslagen entstehen, vgl. BGH NJW 2011, 1078, 1080; OLG München MDR 1989, 548.

werden, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich sind.<sup>501</sup> Demgegenüber sollen die Kosten der Streitverkündung nach heute einhelliger, zutreffender Auffassung unabhängig vom Ausgang des Primärprozesses stets der Hauptpartei zur Last fallen<sup>502</sup>: Zwar verfolgt die Hauptpartei, indem sie den Dritten zu ihrer Unterstützung herbeiruft, durchaus ihre Rechte gegenüber dem Verfahrensgegner.<sup>503</sup> Jedoch liegt der Schwerpunkt der Streitverkündung darin, durch die Streitverkündungswirkung die Rechtsverfolgung gegenüber dem Dritten vorzubereiten und die Hauptpartei vom im Sekundärprozess drohenden Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts freizustellen. Dem Veranlassungsprinzip – als elementarem Grundsatz der Kostenverteilung<sup>504</sup> – folgend, sind die durch eine Streitverkündung bis zum Beitritt des Dritten verursachten Kosten daher grundsätzlich von der Hauptpartei zu tragen (ihr mag freilich im Einzelfall ein materiellrechtlicher Erstattungsanspruch gegen den Dritten zustehen<sup>505</sup>). Kosten, die dem Dritten bei der anwaltlichen Beratung über den Beitritt anfallen, sind im Fall des Beitritts den Kosten der Streithilfe zuzurechnen, anderenfalls hat sie der Dritte grundsätzlich selbst zu tragen.<sup>506</sup>

## 2. Interventionsbedingte Kosten: Der umfassend korrekturbedürftige § 101 Abs. 1 ZPO

Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Verteilung der interventionsbedingten Mehrkosten. Dabei werden im Folgenden nur Konstellationen der einfachen Nebenintervention in den Blick genommen, da die streitgenössische Nebenintervention – wie schon aufgeworfen und noch darzulegen – im Schiedsverfahren nach

<sup>501</sup> Motive, S. 118 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 202.

<sup>502</sup> BGH NJW 2011, 1078 Rn. 16; KG JurBüro 2006, 34; OLG München, JurBüro 1989, 1121, 1122; Zöller/*Herget*, § 72 Rn. 13.95; Stein/*Jacoby*, § 73 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 108; MüKo-ZPO/Schultes, § 72 Rn. 21.

<sup>503</sup> Anders der Bundesgerichtshof und die herrschende Auffassung: Die Streitverkündung diene allein der Rechtsverfolgung gegenüber dem Dritten (s. statt vieler BGH NJW 2011, 1078 Rn. 16; Stein/*Jacoby*, § 73 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 108). Dies überzeugt nicht. Denn wie die Untersuchung gezeigt hat (oben § 3 II. (S. 103 ff.)), dient die Streitverkündung nachrangig auch der Unterstützung durch den Dritten und ist insofern auf eine Rechtsverfolgung gegenüber dem Verfahrensgegner angelegt.

<sup>504</sup> S. zum Veranlassungsprinzip etwa BGHZ 4, 229 Rn. 9; Becker-Eberhard, Kostenerstattung, 1985, S. 27 ff.; Fervers, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 233 f. m.w.N. in Fn. 58; BeckOK-ZPO/Jaspersen, § 91 Rn. 7; MüKo-ZPO/Schulz, § 91 Rn. 1; Siebert, Prinzipien der Kostenerstattung, 1985, S. 77 ff.

<sup>505</sup> Stein/*Jacoby*, § 73 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 72 Rn. 108; MüKo-ZPO/Schultes, § 72 Rn. 21.

<sup>506</sup> OLG Köln BeckRS 2014, 4921; *Bischof*, JurBüro 1984, 1461. Die Streitverkündung begründet wegen der Unterstützung im Primärprozess kein Auftragsverhältnis mit der Kostenfolge des § 670 BGB, s. etwa *Bischof*, JurBüro 1984, 1461 m.w.N.; F. Peters, ZZP 123 (2010), 321, 330.



§§ 1025 ff. ZPO ohne Parteistellung des Dritten an der Schiedsvereinbarung nicht schiedsfähig ist.<sup>507</sup>

Das Gesetz verteilt dem Wortlaut nach sämtliche „durch eine Nebenintervention verursachten Kosten“ nach § 101 Abs. 1 ZPO und damit grundsätzlich den Kosten des Rechtsstreits folgend („Grundsatz der Kostenparallelität“<sup>508</sup>). Sie werden allerdings *ausschließlich* entweder dem Verfahrensgegner oder dem Nebenintervenienten auferlegt, der insoweit an die Stelle der Hauptpartei tritt. Die Norm ist damit völlig missglückt: Ihre starre, auf das Verhältnis von Verfahrensgegner und Drittem beschränkte Kostenverteilung lässt sich vor der Teleologie von Streitverkündung und Nebenintervention nicht halten. Die Kostenverteilung ist ein Relikt aus den Lehren des Gemeinen Rechts, die die *interventio accessoria* mit der Streitgenossenschaft verwandt sahen und dem Intervenienten von vornherein eine deutlich selbstständigere Stellung einräumten.<sup>509</sup> Der Entwurf der Reichstagskommission von 1874 hat die Kostenverteilung sodann schlicht übernommen<sup>510</sup> – wohl im Unklaren darüber, dass die Kostenverteilung nicht zur Teleologie der gegenüber dem Gemeinen Recht weitgehend neu geschaffenen Drittbeteiligungsinstrumente passt. Dieser Umstand ist heute allgemein anerkannt und hat zu verschiedenen Korrekturen des § 101 Abs. 1 ZPO geführt.<sup>511</sup> Wie an späterer Stelle zu zeigen ist, ist die Kostenverteilung des § 101 Abs. 1 ZPO jedoch *in einem entscheidenden Punkt noch immer korrekturbedürftig*.<sup>512</sup>

#### a) „Sowieso-Kosten“ als Kosten des Rechtsstreits

Nach einhelligem Verständnis fallen zunächst die Kosten nicht unter § 101 Abs. 1 ZPO, die dadurch entstehen, dass der Dritte im Rahmen seiner akzessorischen Prozessführungsbefugnis nach § 67 Satz 1 Hs. 2 ZPO für die Hauptpartei handelt: Sie werden als Kosten des Rechtsstreits verteilt.<sup>513</sup> Eine rechtsfortbildende Korrektur ist hierfür nicht notwendig. Denn diese Kosten ersetzen Kosten, die auch ohne Nebenintervention – „sowieso“ – anlässlich der Prozessführung zwischen den Verfahrensparteien angefallen wären. Es überspannt die Wortlautauslegung demnach nicht zu sagen, dass diese Kosten nicht durch eine Nebenintervention verursacht wurden – sondern bereits spezifisch durch den Rechtsstreit.

<sup>507</sup> S. dazu unten § 4 I. 4. b) (S. 160 f.).

<sup>508</sup> S. zu diesem Grundsatz etwa BGH AG 2020, 126 Rn. 10; Musielak/Voit/*Flockenhaus*, § 101 Rn. 3; Wieczorek/Schütze/*Smid/Hartmann*, § 101 Rn. 12.

<sup>509</sup> In Betreff der Kosten *Renaud*, Gemeiner deutscher Civilprozeß, 1867, S. 698; *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl. 1878, S. 50 ff. (zudem zur eigenständigeren Stellung des Nebenintervenienten im Gemeinen Recht).

<sup>510</sup> Motive, S. 117 f. = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 202.

<sup>511</sup> S. dazu sogleich im Text.

<sup>512</sup> S. dazu unten § 3 V. 2. c) (S. 128 ff.).

<sup>513</sup> S. etwa BGHZ 49, 183, 196; RG JW 1930, 3627, 3628; MüKo-ZPO/*Schulz*, § 101 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/*Smid/Hartmann*, § 101 Rn. 3.



Eine Ausnahme wird gemacht, wenn sich die Hauptpartei aus dem Verfahren nach Abschluss der ersten Instanz vollständig<sup>514</sup> zurückzieht und der Dritte den Rechtsstreit im Rechtsmittelzug allein fortführt. Die ab diesem Zeitpunkt anfallenden Kosten werden in analoger Anwendung des § 97 ZPO je nach Erfolg des Rechtsmittels entweder dem Dritten oder dem Verfahrensgegner auferlegt.<sup>515</sup> Gegenüber dem Dritten ist diese Kostenverteilung angemessen. Dem Verfahrensgegner hingegen wird in nicht unerheblichem Maß das Insolvenzrisiko des Dritten aufgebürdet. Die Kostenverteilung des § 97 ZPO sollte daher vorzugswürdig nur im Innenverhältnis der Hauptpartei zum Dritten zum Tragen kommen.<sup>516</sup> Die Hauptpartei hat dann die Wahl: Entweder nimmt sie das Insolvenzrisiko des Dritten in Kauf und profitiert zugleich von der Möglichkeit, dass der Dritte den Rechtsstreit zu ihren Gunsten „dreht“. Oder sie schneidet dem Dritten das Rechtsmittel von vornherein ab.

### *b) Kosten des Zwischenstreits*

Demgegenüber sind die Kosten, die im Rahmen eines möglichen Zwischenstreits nach § 71 ZPO entstehen, spezifisch durch die Nebenintervention verursacht.<sup>517</sup> Dennoch ist es weder angemessen, diese Kosten nach § 101 Abs. 1 ZPO starr zwischen dem Verfahrensgegner und dem Dritten zu verteilen, noch, die Kostentragungslast an die Prozesskosten zu koppeln. Denn die Kosten des Zwischenstreits sind spezifisch durch den unberechtigten Beitritt des Dritten oder den unberechtigten Zurückweisungsantrag der jeweiligen Verfahrenspartei (oder beider Verfahrensparteien) veranlasst und daher nach einhelligem Verständnis in analoger Anwendung des § 91 ZPO, je nach Ausgang des Zwischenstreits, entsprechend zu verteilen.<sup>518</sup>

### *c) Für eine Neuverteilung de lege lata: Die sonstigen interventionsbedingten Mehrkosten*

Von § 101 Abs. 1 ZPO werden in der Konsequenz nach derzeit herrschender Auffassung vor allem die sonstigen Mehrkosten der Nebenintervention erfasst; also insbesondere die Kosten des Dritten für seine Beratung über den Beitritt und –

<sup>514</sup> Das ist nicht der Fall, wenn der Rechtsbehelf auch durch die Hauptpartei eingelegt oder später durch diese zurückgenommen wird, vgl. OLG München JurBüro 1977, 92, 94.

<sup>515</sup> Explizit auf § 97 ZPO abstellend BGH NJW 1963, 1778, 1778 f.; MüKo-ZPO/Schulz, § 101 Rn. 23; im Ergebnis auch BGHZ 49, 183, 196; BGH NJW 1956, 1154; RG JW 1933, 1065; Zöller/Herget, § 101 Rn. 4.

<sup>516</sup> Mit einem anderen Vorschlag Windel, ZZZ 104 (1991), 321, 347: Kostenlast entweder der Hauptpartei (bei streitverkündungsbedingter Intervention) oder des Dritten (bei eigeninitiativer Intervention).

<sup>517</sup> S. zum Gebührenstreitwert für den Zwischenstreit Schneider/Kurpat-Streitwert-Kommentar/Kurpat, Rn. 2.3666 ff.

<sup>518</sup> S. statt vieler BAG NJW 1968, 73; zur Differenzierung der Mehrkosten des Zwischenstreits von den Kosten des Rechtsstreits OLG Brandenburg NJOZ 2023, 1526; Zöller/Althammer, § 71 Rn. 6; Endemann, CPR, 1878, S. 407; Wiczorek/Schütze/Smid/Hartmann, § 101 Rn. 2; MüKo-ZPO/Schulz, § 101 Rn. 5.

Prozesskosten nicht ersetzende – Kosten für seine Vertretung im Primärprozess sowie durch den Dritten möglicherweise veranlasste Gerichtskosten (wobei letzterer Kostenpunkt nur im Schiedsverfahren eine Rolle spielt<sup>519</sup>).<sup>520</sup> Hierbei können vor allem die Rechtsanwaltsgebühren für die Vertretung des Dritten erheblich ausfallen, da sich der Gebührenstreitwert der Nebenintervention nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nach dem in der Hauptsache maßgeblichen Gebührenstreitwert richtet (Argument: Die Handlungsbefugnisse des Dritten sind nach § 67 Hs. 1 ZPO ggf. i. V. m. § 69 ZPO nicht auf sein eigenes wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang beschränkt).<sup>521</sup>

aa) Die Ausnahme des Verfahrensgegners von den interventionsbedingten Mehrkosten in teleologischer Reduktion des § 101 Abs. 1 ZPO

Mit dem Veranlasserprinzip als elementarem Grundprinzip des Kostenrechts<sup>522</sup> ist allerdings nicht vereinbar, den Verfahrensgegner mit den interventionsbedingten Mehrkosten zu belasten. Dies verdeutlicht ein Blick auf die in diesem Paragraphen herausgearbeitete Zwecksetzung der Instrumente: Die eigeninitiative Nebenintervention zielt darauf ab, dem Dritten (proaktiven) Rechtsschutz hinsichtlich seiner durch das Primärurteil betroffenen Rechtsposition zu gewähren.<sup>523</sup> Die Hauptpartei profitiert zudem auch in diesem Fall von der als Ausgleich für die aufgedrängte Intervention verstandenen Interventionswirkung.<sup>524</sup> Die Streitverkündung und damit auch die *streitverkündungsbedingte* Intervention des Dritten zielt schließlich schwerpunktmäßig nicht auf Rechtsverfolgung gegenüber dem Verfahrensgegner ab (es sei an den schwachen Schutz des Interesses der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten erinnert<sup>525</sup>), sondern durch die Streitverkündungswirkung auf die Vorbereitung der Rechtsverfolgung gegenüber dem Dritten und vor allem auf die Freistellung von dem im Sekundärprozess drohenden Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts<sup>526</sup>. Die auf einer Streithilfe beruhenden Mehrkosten sind vor diesem Hintergrund im Verhältnis der Hauptpartei

<sup>519</sup> S. dazu noch unten § 4 X. (S. 225 ff.).

<sup>520</sup> OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2017, 137855 Rn. 32; Zöller/*Herget*, § 101 Rn. 3; Beck-OK-ZPO/*Jaspersen*, § 101 Rn. 4; MüKo-ZPO/*Schulz*, § 101 Rn. 6.

<sup>521</sup> S. dazu grundlegend BGHZ 31, 144, 146; zudem etwa BGH BeckRS 2013, 1256 Rn. 2; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2020, 821 Rn. 10; zur grundsätzlichen Parallelität des Gebührenstreitwerts auch dann, wenn der Dritte keine Anträge gestellt hat, BGH NJW-RR 2016, 831 Rn. 6 f.; OLG Düsseldorf NJOZ 2015, 1963 Rn. 3; OLG Stuttgart BeckRS 2019, 20768 Rn. 11 ff. Zur Gegenauffassung, die den Gebührenstreitwert auf das Interesse des Dritten am Verfahrensausgang beschränken möchte, s. statt aller m. w. N. Schneider/*Kurpat*-Streitwert-Kommentar/*Kurpat*, Rn. 2.3672 ff.

<sup>522</sup> S. die Nachweise oben § 3 V. 1. (S. 125 f.) in Fn. 504.

<sup>523</sup> S. dazu oben § 3 III. (S. 108 ff.).

<sup>524</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. d) (S. 120).

<sup>525</sup> S. dazu oben § 3 II. (S. 103 ff.).

<sup>526</sup> S. dazu oben § 3 I. (S. 54 ff.).

zum Dritten veranlasst – *nicht aber im Verhältnis der Hauptpartei zum Verfahrensgegner*.<sup>527</sup> Nach dem Gehalt des Veranlassungsprinzips, auf dem schon die Verteilung der bereits behandelten drittbeteiligungsbezogenen Kosten beruht, darf der Verfahrensgegner mit den interventionsbedingten Mehrkosten somit nicht belastet werden.

In der Literatur wurde dies zum Teil erkannt und vorgeschlagen, § 101 Abs. 1 ZPO *de lege ferenda* entsprechend abzuändern.<sup>528</sup> K. J. T. Wach hat den Gedanken zudem für eine Drittbeteiligung im Schiedsverfahren im Rahmen des von ihm entworfenen Regelwerks zu Drittbeteiligung („The Munich Rules“) aufgegriffen.<sup>529</sup> Wie im Folgenden darzulegen ist, spricht jedoch viel dafür, dass der Weg für eine teleologische Korrektur des § 101 Abs. 1 ZPO hinsichtlich der interventionsbedingten Mehrkosten schon *de lege lata* offensteht. Denn, was bisher unentdeckt geblieben ist: Der historische Gesetzgeber wollte die interventionsbedingten Mehrkosten ausweislich der Entstehungsmaterialien nie dem Verfahrensgegner auferlegen.

§ 94 Abs. 1 CPO (als damalige Entsprechung des § 101 ZPO) lautete: „Die Bestimmungen der §§ 85–91 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.“<sup>530</sup>

In den Beratungen des finalen Entwurfs der Reichstagskommission von 1874 beantragte sodann das Kommissionsmitglied Bähr, folgende Klarstellung in § 94 CPO aufzunehmen:

„Der Nebenintervenient hat im Falle des Obsiegens der von ihm unterstützten Partei nur insoweit Anspruch auf Ersatz seiner Kosten, als durch seine Handlungen Kosten der Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen könnte, erspart worden sind.“<sup>531</sup>

<sup>527</sup> Ebenso *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 233 f.; *F. Peters*, ZZP 123 (2010), 321, 328 ff.; *Windel*, Interventionsgrund, 1992, S. 21; *Windel*, ZZP 104 (1991), 321, 346.

<sup>528</sup> *F. Peters*, ZZP 123 (2010), 321, 345; *Windel*, Interventionsgrund, 1992, S. 21; *Windel*, ZZP 104 (1991), 321, 346. Nicht überzeugend (und auch nicht wie behauptet *de lege lata* umsetzbar) ist hingegen der Vorschlag von *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 235, dem Dritten Kosten nur insoweit aufzuerlegen, als auch zu seinen Lasten eine Interventionswirkung eintritt. Denn dies hätte eine Prüfung von Eintritt sowie Umfang der Interventionswirkung bereits im Primärprozess zur Folge – was der gesetzlichen Bewertung zuwiderliefe, dass der Primärprozess durch eine Intervention nicht verzögert werden soll (s. dazu oben § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>529</sup> „§ 6 Kosten der Streitverkündung: Die Kosten des beigetretenen Streitverkündeten werden als Kosten der Hauptpartei behandelt und wie diese erstattet, soweit sie Kosten der Hauptpartei ersetzt haben.“ ([https://wachundmeckes.com/files/wachundmeckes/pdf/tmr/WACHUNDMECKES\\_TMR\\_2021\\_DE.pdf](https://wachundmeckes.com/files/wachundmeckes/pdf/tmr/WACHUNDMECKES_TMR_2021_DE.pdf)); mit Begründung K. J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228, 239.

<sup>530</sup> Abgedruckt bei *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 15.

<sup>531</sup> Protokolle der Reichstagskommission, S. 34 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 551.

Der Antrag wurde abgelehnt – jedoch ausweislich der Protokolle nicht, weil die Verteilung nach dem Wortlaut des § 94 CPO als angemessen erachtet wurde, sondern, „weil eine entsprechende Regelung des Kostenpunktes sich nach dem § 94 [CPO] von selbst ergeben würde“.<sup>532</sup> Mit der ZPO-Novelle von 1898 wurde der Wortlaut sodann ausweislich der Begründung *lediglich klarstellend* zu dem umformuliert, wie er sich heute in § 101 Abs. 1 ZPO findet.<sup>533</sup> Den missglückten Wortlaut des ursprünglichen § 94 CPO nicht zu korrigieren, war vor diesem Hintergrund ein Fehler, der zu dem noch immer anhaltenden Missverständnis von § 101 Abs. 1 ZPO<sup>534</sup> geführt hat: *Nie sollte der Verfahrensgegner die interventionsbedingten Mehrkosten tragen müssen*. Sie sind demnach in teleologischer Reduktion aus der Kostenverteilung des § 101 Abs. 1 ZPO herauszunehmen.

#### bb) Die Verteilung der interventionsbedingten Mehrkosten zwischen der Hauptpartei und dem Dritten

In der Konsequenz sind die interventionsbedingten Mehrkosten rechtsfortbildend neu zu verteilen. Maßgebend muss hierfür das Veranlassungsprinzip sein.<sup>535</sup> Auf dieser Grundlage ist danach zu differenzieren, ob die interventionsbedingten Mehrkosten auf eine Streitverkündung oder auf eine eigeninitiative Nebenintervention zurückgehen. Denn vom Ursprung der Streithilfe hängt ab, wer als nächster Veranlasser der Kosten anzusehen ist: Tritt der Dritte dem Primärprozess eigeninitiativ bei, sind die interventionsbedingten Mehrkosten schwerpunktmäßig in seinem Interesse veranlasst, sich durch die Intervention (proaktiven) Rechtsschutz zu verschaffen.<sup>536</sup> Der Dritte hat die Kosten daher unabhängig vom Ausgang des Primär- und des Sekundärprozesses grundsätzlich selbst zu tragen.<sup>537</sup> Ein im Einzelfall möglicher materiellrechtlicher Erstattungsanspruch gegen die Hauptpartei bleibt unberührt. Beruht der Beitritt des Dritten hingegen auf einer Streitverkündung, sind die interventionsbedingten Mehrkosten schwerpunktmäßig im Interesse der Hauptpartei veranlasst, durch die Streitverkündungswirkung die Rechtsverfolgung gegenüber dem Dritten vorzubereiten und die Hauptpartei von dem im Sekundärprozess drohenden Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts

<sup>532</sup> Protokolle der Reichstagskommission, S. 34 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 551.

<sup>533</sup> Kommissionsbericht, S. 40 f. = *Hahn/Mugdan*, Materialien VIII, 1983 (Neudruck der Ausgabe von 1898), S. 293.

<sup>534</sup> Bereits der Gesetzgeber der Novelle von 1898 scheint sich darüber nicht im Klaren gewesen zu sein, vgl. Kommissionsbericht, S. 40 f. = *Hahn/Mugdan*, Materialien VIII, 1983 (Neudruck der Ausgabe von 1898), S. 293.

<sup>535</sup> Hierfür auch *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 235.

<sup>536</sup> S. dazu soeben § 3 V. 2. c) aa) (S. 129 ff.).

<sup>537</sup> So *de lege ferenda* im Ansatz auch *Windel*, Interventionsgrund, 1992, S. 21; *Windel*, ZZP 104 (1991), 321, 346, mit dem Unterschied, dass die Kostenverteilung im Primärprozess als nur vorläufig erachtet und im Sekundärprozess den Kosten des Rechtsstreits zugeordnet wird.

freizustellen.<sup>538</sup> Die interventionsbedingten Mehrkosten sind dann unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärprozesses grundsätzlich der Hauptpartei aufzuerlegen.<sup>539</sup>

Abgrenzungsschwierigkeiten sind durch diese Differenzierung weitgehend vermieden: Nimmt die Hauptpartei die Streitverkündung im Laufe des Rechtsstreits zurück, hat sie die bis zu diesem Punkt veranlassten interventionsbedingten Mehrkosten zu tragen. Möchte der Dritte am Primärprozess gleichwohl weiter als Nebenintervenient mitwirken und erklärt dazu nach der Rücknahme der Streitverkündung seinen Beitritt, hat er alle ab diesem Zeitpunkt entstehenden interventionsbedingten Mehrkosten zu tragen.

Ein materiellrechtlicher Erstattungsanspruch gegen den Dritten ist möglich, wenn und weil der Regressanspruch gegen den Dritten gerade auch eine Haftung für diese Kostenpunkte vorsieht. In der Regel wird die Hauptpartei die streitverkündungsbedingten Interventionskosten aber wie die Streitverkündungskosten endgültig selbst tragen müssen: Denn der Schwerpunkt der Streitverkündung liegt auch *innerhalb des Verhältnisses der Hauptpartei zum Dritten* nicht auf der Rechtsverfolgung, sondern auf der Freistellung der Hauptpartei vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts. Die Kosten erscheinen damit unabhängig vom Ausgang des Sekundärprozesses vorrangig von der Hauptpartei veranlasst, um diese von den negativen Folgen der Zweiparteienstruktur des Zivilprozesses freizustellen.

Die hier entwickelte Verteilung der interventionsbedingten Mehrkosten wird der nachfolgenden Untersuchung zur Drittbeteiligung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zugrunde gelegt.

## VI. Zusammenfassung

Der vorstehende Paragraph arbeitet heraus, welche Interessen die prozedurale Grundstruktur eines deutschen Zivilprozesses bzw. eines Schiedsverfahrens nach §§ 1025 ff. ZPO in verwobenen Mehrpersonenkonflikten hervorruft, wie diese Interessen im Zivilprozess insbesondere durch Streitverkündung und Nebenintervention nach §§ 66 ff. ZPO bewertet werden und welche Wertungen hierfür maßgeblich sind.

Die prozedurale Grundstruktur schafft das Risiko widersprüchlicher Feststellungen, das sich in verwobenen Mehrpersonenkonflikten in der verschärften Form eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts zu realisieren droht: Dem Risiko, dass zwei Spruchkörper denselben Lebenssachverhalt uneinheitlich feststellen und der Hauptpartei in der Konsequenz beide in den jeweiligen Prozessen

<sup>538</sup> S. dazu soeben § 3 V. 2. c) aa) (S. 129 ff.).

<sup>539</sup> So *de lege ferenda* Windel, ZZP 104 (1991), 321, 346; Windel, Interventionsgrund, 1992, S. 21 mit der in der vorangehenden Fn. genannten Abweichung; in der Tendenz auch F. Peters, ZZP 123 (2010), 321, 328 ff.

behaupteten materiellrechtlichen Rechtspositionen aberkannt werden, obwohl ihr nach materiellrechtlicher Lage und/oder Tatsachenlage (potenziell) jedenfalls eine der beiden Rechtspositionen hätte zuerkannt werden müssen. Die Streitverkündung schützt nach hier entwickelter Auffassung nur vor diesem Risiko; nicht dagegen allgemein vor widersprüchlichen Feststellungen. Die herrschende Auffassung stimmt hiermit grundsätzlich überein, erweitert den streitverkündungsbedingten Schutz lediglich – wenig überzeugend – in wenigen Punkten allgemein auf einen Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen. Der streitverkündungsbedingte Schutz ist umfassend, d.h. er erfasst sämtliche Fälle, in denen das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts besteht. Auf die Streitverkündungswirkung kann sich *de lege lata* jedoch lediglich die Hauptpartei, nicht auch der Dritte berufen.

Das Interesse des Dritten an einer Einlassung vor seinem Heimatgerichtsstand bzw. den für den Sekundärprozess eröffneten Gerichtsständen tritt zugunsten des streitverkündungsbedingten Schutzes vollständig zurück. Zudem bürdet die Streitverkündung dem Dritten in gewissem Umfang eine Beeinträchtigung seines Interesses an einer richtigen Entscheidung auf, indem sie ihn hinsichtlich der Streitverkündungswirkung einer Entscheidung in Verfahren aussetzt, die aufgrund einer Beschränkung des Instanzenzugs abstrakt betrachtet weniger wahrscheinlich richtig sind (wie etwa in Abhilfe- bzw. Musterfeststellungsverfahren oder in Verfahren vor Commercial Courts).

Die vorstehende Interessenbewertung ist grundsätzlich darin begründet, dass es als besonders unerträglich angesehen wird, wenn die Hauptpartei in Primär- und Sekundärprozess in widersprüchlicher Weise *überhaupt nicht* durchdringt, obwohl das materielle Recht und/oder die Tatsachenlage ein *entweder-oder* vorgibt. Die öffentlichen Interessen der Prozessökonomie (Schonung von Justizressourcen) und der Rechtssicherheit (Sicherung des Vertrauens in die Rechtsprechung durch Vermeidung widersprüchlicher Feststellungen) sollen mit der Streitverkündung hingenommen – entgegen weit verbreiteter Auffassung – im Generellen nicht verwirklicht werden. Ein dahingehender Normzweck stünde in Widerspruch zur disponiblen Struktur von Streitverkündung und Nebenintervention und dem Umstand, dass doppeltes Prozessieren in derselben Sache und widersprüchliche Feststellungen angesichts der bewusst engen Grenzen der Rechtskraft im Landschaftsbild der Zivilprozesse kaum vermieden werden. Ausschließlich die Enge der Einrede des § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO geht auf die genannten öffentlichen Interessen zurück. Ansonsten werden öffentliche Interessen lediglich im Reflex des Schutzes der Individualinteressen verwirklicht. Das rechtliche Gehör des Dritten schafft eine absolute Grenze für den Interessenschutz der Hauptpartei; trägt andersherum allerdings entgegen teilweiser Behauptung nicht zur Legitimation der Streitverkündungswirkung bei.

Das Interesse der Hauptpartei an der Unterstützung durch den Dritten im Primärprozess wird nur schwach geschützt, da die Unterstützung des Dritten nicht erzwungen werden kann, sondern lediglich über die drohende Streitverkündungs-

wirkung ein gewisser Anreiz bzw. Druck geschaffen wird, vorhandenes Wissen vorsorglich in den Primärprozess einzuführen. Das andersherum bestehende Interesse des Dritten, auf die Entscheidungsfindung im Primärprozess einzuwirken und sich so proaktiven Rechtsschutz zu verschaffen, wird in Fällen mittelbarer Betroffenheit (d. h. der einfachen Nebenintervention) nahezu nicht geschützt und auch in den Fällen unmittelbarer Betroffenheit (d. h. der streitgenössischen Nebenintervention) nur ein Stück weit stärker durch dessen selbständigere Stellung. Schwerer wiegt in beiden Konstellationen die Autonomie der Hauptpartei in ihrer Prozessführung. Die Interventionswirkung beruht nicht auf öffentlichen Interessen, sondern ist nach dem historischen Konzept als Ausgleich dafür zu verstehen, dass sich der Dritte in den Primärprozess einmischen durfte. Der Verfahrensgegner hat kein „Recht auf einen Zweikampf“. Er wird jedoch grundsätzlich absolut davor geschützt, dass sich der Primärprozess durch die Beteiligung des Dritten verzögert.

Die Untersuchung schließt mit der Frage nach der Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten. Dem Veranlassungsprinzip folgend, sind die durch eine Streitverkündung bis zu einem möglichen Beitritt des Dritten verursachten Kosten mit der einhelligen Auffassung unabhängig vom Ausgang des Primärprozesses der Hauptpartei aufzuerlegen. Die Verteilung der durch eine einfache Nebenintervention bedingten Mehrkosten erfordert neben den nach einhelliger Auffassung an § 101 Abs. 1 ZPO unternommenen Korrekturen noch eine entscheidende weitere: Es ist mit dem Veranlassungsprinzip nicht vereinbar, den Verfahrensgegner mit den interventionsbedingten Mehrkosten zu belasten, da diese Kosten schwerpunktmäßig im Interesse der Hauptpartei oder des Dritten veranlasst werden. Die interventionsbedingten Mehrkosten sind stattdessen in teleologischer Reduktion des § 101 Abs. 1 ZPO dem Veranlassungsprinzip folgend zu verteilen: Tritt der Dritte dem Primärprozess eigeninitiativ bei, hat dieser die Kosten unabhängig vom Ausgang des Primär- und des Sekundärprozesses grundsätzlich selbst zu tragen. Beruht der Beitritt des Dritten hingegen auf einer Streitverkündung, sind die interventionsbedingten Mehrkosten unabhängig vom Ausgang des Primärprozesses grundsätzlich von der Hauptpartei zu tragen.

## **§ 4 Die wertungsmäßige Legitimation von Streitverkündung und Nebenintervention im Schiedsverfahren**

Nach herrschender Auffassung kommt den im vorstehenden Paragraphen herausgearbeiteten Interessen der Hauptpartei und des Dritten im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO trotz der insoweit zum Zivilprozess vergleichbaren Interessenlage praktisch kein Schutz zu. Denn sie erachtet eine arbitrale Streitverkündung nur wirksam, wenn ihr der Dritte zugestimmt hat und eine eigeninitiative Nebenintervention nur zulässig, wenn ihr jedenfalls die Verfahrensparteien (und ggf. auch



die Schiedsrichter<sup>540</sup>) zustimmen.<sup>541</sup> Wie bereits eingangs aufgeworfen, wird es dazu kaum kommen.<sup>542</sup> Der nachstehende Paragraph hinterfragt diesen Standpunkt.

Für ihn werden gewichtige Argumente hervorgebracht. Vor allem: Angesichts des vertraglichen Fundaments der Schiedsgerichtsbarkeit würde eine Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten dessen Privatautonomie verletzen und andersherum eine eigenwillige Intervention des Dritten die Privatautonomie der Schiedsparteien.<sup>543</sup> Zudem würde eine Beteiligung des Dritten die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens aufheben<sup>544</sup> und schließlich eine ungewollte Bindung des Dritten an schiedsgerichtliche Feststellungen ihm seinen gesetzlichen Richter entziehen.<sup>545</sup> Diese Thesen werden von der herrschenden Auffassung jedoch nicht näher ausgearbeitet.<sup>546</sup> Sie auf die Probe zu stellen, ist der Ausgangspunkt dieses Paragraphen. Manche Thesen werden sich als stichhaltig erweisen, andere in sich zusammenfallen und einige lassen sich durch Neuformung von Streitverkündung und Nebenintervention anhand einer Gegenüberstellung der das Schiedsverfahren beherrschenden Wertungen mit der im vorstehenden Paragraphen herausgetretenen Interessenbewertung und den für sie maßgeblichen Wertungen<sup>547</sup> ausräumen. Es werden zudem bisher weitgehend unbehandelte Hürden zu untersuchen sein, wie etwa die Frage, ob dem Dritten eine mit der arbitralen Streitverkündungswirkung verbun-

<sup>540</sup> So etwa gefordert von *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 1378; *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 569, 575; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 18; *Zerhusen*, FS Thode, 2005, S. 355, 361.

<sup>541</sup> BGH ZZZ 79 (1966), 121, 122 f.; RGZ 55, 14, 16 f.; aus der Literatur nicht erschöpfend *Baumann*, Mehrparteienschiedsverfahren, 2021, S. 45, 51 (zur Streitverkündung); *Borris*, r + s 2020, 316, 319; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91 f.; *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 617 f.; *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 78, 85; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 290 ff.; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 2830; *Laschet*, FS Bülow, 1981, S. 85, 92; *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rn. 90; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 460 ff. (zur Nebenintervention), 504 f. (zur Streitverkündung); *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 569, 574 f.; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 119; MüKo-ZPO/Münch, § 1029 Rn. 73 f.; *Raeschke-Kessler/Berger*, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 776; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 22 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 18; a. A. *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 620 (streitverkündungsbedingte Einbeziehung des Dritten nicht von seiner Zustimmung abhängig); *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 235 ff.; zudem *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 71 ff., 76 ff. (Intervention des Dritten nicht von der Zustimmung der Schiedsparteien abhängig).

<sup>542</sup> S. dazu oben § 1 I. (S. 28).

<sup>543</sup> S. dazu sogleich § 4 I. (S. 136 ff.).

<sup>544</sup> S. dazu unten § 4 V. (S. 175 ff.).

<sup>545</sup> S. dazu unten § 4 VI. (S. 191 ff.).

<sup>546</sup> S. dazu im Abschnitt zu den jeweiligen Wertungen.

<sup>547</sup> S. zu diesem Schritt im Rahmen der hier verfolgten Rechtsfortbildung oben § 2 III. 3. (S. 51 f.).



dene Beschränkung seines Instanzenzugs im Sinne des § 1059 ZPO zugemutet werden kann<sup>548</sup> und wie die Kosten einer Drittbeteiligung zu verteilen sind<sup>549</sup>.

Dem Untersuchungsziel folgend, zunächst danach zu fragen, ob eine Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten respektive eine Nebenintervention ohne Zustimmung (jedenfalls) der Verfahrensparteien *überhaupt grundsätzlich wertungsmäßig legitimiert werden kann*, werden im nachstehenden Paragraphen noch keine Detailfragen in den Blick genommen, die sich aus besonderen, individuellen Gestaltungen des Schiedsverfahrens ergeben (s. dazu unten § 5 (S. 235 ff.)). Soweit in die Untersuchung (institutionelle) Schiedsordnungen miteinbezogen werden, ist die Betrachtung grundsätzlich auf die Schiedsordnungen der DIS, ICC, ASA (vormals SCAI), des LCIA und des VIAC beschränkt.

## I. Privatautonomie

Nach herrschender Auffassung müsse der Privatautonomie des Dritten „Priorität eingeräumt werden“; sie verhindere, dass die Schiedsparteien „zu Lasten unbeteiligter Dritter eine Streitverkündung mit Interventionswirkung im Schiedsverfahren vereinbaren“.<sup>550</sup> Es wird sonach verbreitet einem „Vertrag zulasten des Dritten“ gleichgesetzt, der Streitverkündung im Schiedsverfahren eine Streitverkündungswirkung beizumessen, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündung zugestimmt hat.<sup>551</sup> Andersherum könne sich der Dritte aufgrund des vertraglichen Charakters der Schiedsgerichtsbarkeit, „[a]uf Grund des im Schiedsverfahren geltenden Konsensualprinzips“<sup>552</sup>, nicht ohne bzw. gegen den Willen der Schiedsparteien durch Nebenintervention „in das Verfahren hineindrängen“<sup>553, 554</sup>.

<sup>548</sup> S. dazu unten § 4 III. (S. 167 ff.).

<sup>549</sup> S. dazu unten § 4 X. (S. 225 ff.).

<sup>550</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91.

<sup>551</sup> So unter anderem *Bartels*, BB 2001 Beil. 7, 20, 21; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92; *Habscheid*, ZJP 79 (1966), 124, 124 f.; *Habscheid*, KTS 1966, 1, 5; *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2014, S. 135; *S. Thomas*, FS Geimer II, 2017, S. 735, 740; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 47; in die Richtung auch *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 292; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 19.

<sup>552</sup> *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 290 f.

<sup>553</sup> *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 43 f.

<sup>554</sup> So im Ergebnis auch *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92 (die Nebenintervention sei ein „unmittelbarer Eingriff in das nur zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens bestehende Prozessrechtsverhältnis“); *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 618; *Massuras*, Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 460; *Schütze/Tscherning/Wais/Wais*, Rn. 364 („sie brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß Dritte an ihrem Schiedsverfahren teilnehmen“); a. A. jedoch *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 259 ff. (Nebenintervention allein aufgrund des Willens des Dritten) sowie *Markfort*,

## 1. Der Gehalt der Privatautonomie – Präzisierung der Fragestellungen

Zweifelloos ist das Prinzip der Privatautonomie eine fundamentale Wertung des Schiedsverfahrens.<sup>555</sup> Jedoch greift ein pauschaler Verweis auf die Privatautonomie zu kurz. Denn auch und gerade die Privatautonomie ist nicht absolut gewährleistet, sondern in zahlreichen Fällen zugunsten anderer Interessen und Wertungen beschränkt.<sup>556</sup> Die Streitverkündung ist hierfür ein gutes Beispiel: Sie bürdet dem Dritten die Bindung an die tragenden Feststellungen eines Prozesses auf, den er sich nicht ausgesucht hat. Nach dem expliziten gesetzgeberischen Willen wird ihm dies sogar dann abverlangt, wenn der – möglicherweise entlegene oder ausländische<sup>557</sup> – Gerichtsstand *von den Parteien des Primärprozesses vereinbart* wurde.<sup>558</sup> Die Gerichtsstandsvereinbarung ist in diesen Fällen kein „Vertrag zulasten des Dritten“, wohl aber ein solcher mit Lastwirkung<sup>559</sup>.

Während ein Schiedsgericht aufgrund der gesetzlichen Anordnung in §§ 1029 Abs. 1, 1032 Abs. 1 ZPO in aller Regel<sup>560</sup> nur dann unmittelbar über die Rechtsstellung einer Person entscheiden kann, wenn sie sich allgemein der Schiedsgerichtsbarkeit sowie dem konkreten Schiedsverfahren durch Abschluss der betref-

---

Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 66 (Zustimmung der Parteien entbehrlich, wenn das Schiedsgericht die Intervention zulässt).

<sup>555</sup> S. aus der Rechtswissenschaft in Deutschland statt vieler *Böckstiegel/Kröll/Nacimiento*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, General Overview Rn. 36; *Zöller/Geimer*, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 3; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 3; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 88 ff.; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113 f.; *Schenk*, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 7 ff.; *Salger/Trittmann/Trittmann/Salger/Eschen*, § 1 Rn. 6. Aus der internationalen Literatur statt vieler *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 255.

<sup>556</sup> BVerfGE 81, 242, 254; *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102. Speziell zum Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit mit diesem Gedanken *Böckstiegel*, FS Schütze I, 1999, S. 141, 142 in Fn. 3 mit Hinweis auf *Labes*, Schiedsgerichtsvereinbarungen, 1996, S. 41 ff.

<sup>557</sup> S. dazu näher unten § 41.2.a) (S. 140 ff.).

<sup>558</sup> Grundlegend bereits die Motive, S. 68 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 162.

<sup>559</sup> Ein Dritte belastender Vertrag ist zulässig, wenn die den Dritten belastenden Folgen nicht eintreten, weil es die Parteien so wollen, sondern weil dies nach der gesetzlichen Lastenverteilung so vorgesehen ist. Er kann – in Abgrenzung zum stets als unzulässig erachteten Vertrag zulasten des Dritten – als *Vertrag mit Lastwirkung für Dritte* bezeichnet werden. S. dazu *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 27 ff.; *K.-P. Martens*, AcP 177 (1977), 113, 136 ff.; *Roth*, FS Hadding, 2004, S. 253, 254.

<sup>560</sup> S. aber die in bestimmten Fällen mögliche Bindung Dritter an die Schiedsvereinbarung, in der das Erfordernis einer privatautonomen Unterwerfung jedenfalls gelockert ist: *Gottwald*, FS Geimer II, 2017, S. 131 ff.; *Habersack*, FS Geimer II, 2017, S. 163 ff.; *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, *passim*; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 2008, *passim*; *Retzbach*, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, 2020, *passim*.

fenden Schiedsvereinbarung privatautonom unterworfen hat,<sup>561</sup> existiert eine solche Wertungsentscheidung für eine mögliche streitverkündungsbedingte Bindung an bestimmte primärgerichtliche Feststellungen nicht. Denn die §§ 1025 ff. ZPO haben die Frage einer Drittbeteiligung, wie gesehen,<sup>562</sup> insgesamt offengelassen und zur möglichen Ausfüllung der Rechtsprechung und Wissenschaft übergeben. Ob die Wirkungen einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung den Dritten auch dann treffen *sollen*, wenn er an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligt ist, ist vor diesem Hintergrund Gegenstand einer Abwägung. Die Abwägunslast ist hierbei gewiss so verteilt, dass einerseits die streitverkündungsbedingte Bindung des Dritten an Feststellungen eines Schiedsgerichts und andererseits dessen eigenwillige Intervention in ein Schiedsverfahren positiv zu begründen ist. Die Abwägung mag danach durchaus zu dem Ergebnis führen, das die herrschende Auffassung vertritt. Sie ist jedoch vorzunehmen. Dem genügt die bisherige Behandlung im Diskurs nicht, die unter Verabsolutierung der Privatautonomie nicht abwägt, sondern postuliert.

Es ist demnach den Fragen nachzugehen:

- 1) Ist die Privatautonomie des Dritten dadurch einzuschränken, dass er nach Verkündung des Streits im Schiedsverfahren an Feststellungen des Schiedsgerichts zu binden ist?<sup>563</sup>
- 2) Ist die Privatautonomie des Verfahrensgegners dadurch einzuschränken, dass der Dritte *infolge einer Streitverkündung* dem Schiedsverfahren beitreten kann?<sup>564</sup>
- 3) Ist die Privatautonomie der Schiedsparteien dadurch einzuschränken, dass der Dritte eigenwillig dem Schiedsverfahren beitreten kann?<sup>565</sup>
- 4) Ist der Beitritt eines nicht am Schiedsrichtervertrag beteiligten Dritten von der Zustimmung der Schiedsrichter abhängig? Diese Frage wird in einem gesonderten Abschnitt untersucht.<sup>566</sup>

<sup>561</sup> S. statt vieler Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, Art. 92 Rn. 91; Zöller/Geimer, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 4; Gottwald, FS Geimer II, 2017, S. 131, 132; Schenk, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 20 f.; Stein/Jonas/Schlosser, § 1032 Rn. 17; im Kontext der Kompetenz-Kompetenz Sonnauer, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 1992, S. 56 f.

<sup>562</sup> Oben § 2 I. (S. 34 f.).

<sup>563</sup> S. dazu sogleich unten § 4 I. 2. (S. 139 ff.). Einige der nachstehenden Gedanken wurden bereits in Q. Thomas, GVRZ 2023, 4 veröffentlicht. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Autor am 2. September 2022 auf der 8. Prozessrechtstagung an der BSP Business & Law School in Berlin gehalten hat.

<sup>564</sup> S. dazu unten § 4 I. 3. (S. 157 f.).

<sup>565</sup> S. dazu unten § 4 I. 4. (S. 158 ff.).

<sup>566</sup> S. dazu unten § 4 VII. (S. 213 ff.).

## 2. Die arbitrale Streitverkündungswirkung gemessen an der Privatautonomie des Dritten

Durch die Streitverkündungswirkung würde der Dritte an die tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des (primären) Schiedsverfahrens gebunden werden.<sup>567</sup> Dadurch würde dem Dritten hinsichtlich dieser Feststellungen zunächst allgemein der Streitbeilegungsmechanismus „Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO“ aufgedrängt werden, wenn und weil zur Feststellung über seine materielle Rechtsposition zur Hauptpartei im Sekundärprozess ein staatliches Gericht zuständig ist (Konstellation I). Der zivilprozessuale Rahmen der Streitbeilegung würde dem Dritten insoweit zugunsten des eines Schiedsverfahrens ohne privatautonome Disposition entzogen werden – mit all seinen Eigentümlichkeiten, wie etwa dem nach § 1059 ZPO weitgehend beschränkten Instanzenzug oder der nicht gesetzlichen Bestimmung des Spruchkörpers, sondern seiner Wahl *ad personam*. Hat der Dritte mit der Hauptpartei eine Schiedsvereinbarung für den Sekundärprozess abgeschlossen (Konstellation II), wird seine Privatautonomie hingegen hinsichtlich des „ob“ einer Bindung an Feststellungen durch ein Schiedsgericht nicht beschränkt. Denn der Dritte hat dadurch die Feststellung über seine materielle Rechtsposition zur Hauptpartei *insgesamt* der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen. Die teilweise Rechtsschutzverlagerung in die Schiedsgerichtsbarkeit, die eine Streitverkündung effektiv bewirkt, ist dann gerade Inhalt seiner privatautonomen Disposition. Die Privatautonomie des Dritten würde jedoch in beiden Konstellationen dadurch beschränkt werden, dass ihm das *konkrete* Schiedsverfahren mit seiner individuellen Ausgestaltung aufgedrängt wird, die die Parteien des Primärprozesses vereinbart haben – etwa durch Wahl einer bestimmten institutionellen Schiedsordnung oder durch Vereinbarung spezifischer Regelungen für die Beweisaufnahme.

Die Streitverkündungswirkung würde den Dritten somit einer – in Abgrenzung zur unmittelbaren klageweisen: – mittelbaren Einlassungspflicht vor einem ihm gegenüber an und für sich nicht kompetenten Schiedsgericht unterwerfen; mithin einer *mittelbaren Schiedspflicht*<sup>568</sup>. Soll dem Streitverkündungsempfänger diese

<sup>567</sup> S. zum objektiven Umfang der Streitverkündungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO im Zivilprozess oben § 3 I. 2. c) aa) (S. 74 ff.).

<sup>568</sup> Die Last, die die Streitverkündungswirkung dem Dritten auferlegt, wird hier als Pflicht und nicht nur als Obliegenheit verstanden. Dies soll zunächst eine Parallele zum geläufigen Begriff der den Beklagten treffenden (klageweisen und damit unmittelbaren) „Gerichtspflichtigkeit“ herstellen, der auch für Streitverkündungsempfänger verwendet wird (s. nur *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 1995, S. 4, 29; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 1193 ff.; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1372 f.; *Hoffmann*, IPRax 1982, 217, 345; *Hoffmann/Hau*, RIW 1997, 89, 89 f.). Aber auch die allgemeine Abgrenzung zwischen einer Pflicht und einer Obliegenheit nach der herrschenden Meinung spricht dafür, die der Streitverkündungswirkung zugrunde liegende Last als Pflicht einzuordnen: Nach herrschender Meinung hängt die Abgrenzung von der *Intensität der Rechtsfolgen* ab (*Henß*, Obliegenheit und Pflicht, 1988, S. 97 ff.; *Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 312 ff., 317; *Wieling*, AcP 176 (1976), 334, 346). Eine Obliegenheit liegt danach vor,

Last aufgebürdet werden können, müssen sich hierfür legitimierende Wertungen finden. Einen Ansatzpunkt hierfür könnte ein *funktional wertender Vergleich*<sup>569</sup> zu der Last bieten, die dem Streitverkündungsempfänger auch *innerhalb* des Bereichs staatlicher Zivilprozesse aufgebürdet wird.

*a) Die Beschränkung der Privatautonomie im Bereich staatlicher Zivilprozesse*

Wie bereits gesehen, ist dem Interesse der Hauptpartei an der Freistellung vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust gegenüber dem Gerichtsstandsinteresse des Dritten grundsätzlich uneingeschränkt Vorrang einzuräumen.<sup>570</sup> Weder setzt der Eintritt der Bindungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO die örtliche bzw. sachliche Zuständigkeit des Primärgerichts über das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei voraus, noch denselben Rechtsweg in Primär- bzw. Sekundärprozess. Dies gilt, wie schon erwähnt, sogar dann, wenn der Primärprozess an einem von den Verfahrensparteien *gewählten* Gerichtsstand geführt wird.<sup>571</sup>

---

wenn die Sanktion für ihre Verletzung im Verlust einer Rechtsposition oder dem Erleiden eines Rechtsnachteils in der eigenen Rechtssphäre besteht (s. zum Sphärengedanken schon *Wieling*, AcP 176 (1976), 334, 346; m. w. N. *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2012, S. 259 f.). Obliegenheiten sind insofern „Verhaltensanforderungen in eigener Sache“ (*Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 16) bzw. Gebote „im eigenen Interesse“ (MüKo-BGB/*Oetker*, § 254 Rn. 3; *Wieling*, AcP 176 (1976), 334, 346; m. w. N. *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2012, S. 23). Pflichten bzw. ihre Verletzung belasten den Verpflichteten hingegen außerhalb der eigenen Rechtssphäre durch eine Haftung mit einem Erfüllungsanspruch oder einem Schadensersatzanspruch (MüKo-BGB/*Ernst*, Einl. SchuldR Rn. 14; *Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 315; *Weller*, Vertragstreue, 2012, S. 474 sowie m. w. N. *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2012, S. 242 ff.). Vor diesem Hintergrund ist die Streitverkündung selbst noch Obliegenheit der Hauptpartei, denn von ihr hängt grundsätzlich (s. aber § 841 ZPO) nur ab, ob die Hauptpartei vor dem in eigener Sphäre herrschenden Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsrisiko geschützt wird. Verletzt sie die Obliegenheit, verliert sie demnach nur einen Rechtsvorteil in eigener Sache. Die Streitverkündungswirkung belastet den Dritten aber mit einer Last anderer Qualität. Er verliert bei unterlassener Unterstützung nicht nur die Möglichkeit, proaktiv zugunsten seiner Rechtsposition auf den Primärprozess einzuwirken. Sondern ihm wird – zudem unabhängig von seiner Mitwirkung – mit dem Feststellungsrisiko des Primärprozesses ein an und für sich in fremder Sphäre stehendes Risiko aufgebürdet. Auch wenn die Streitverkündung keinen Schadensersatzanspruch nach sich zieht, lässt sich ihre Form prozessualer Haftung daher besser als Pflicht beschreiben (materiellrechtlich abgebildet als Freistellungspflicht, s. dazu unten § 6 IV. (S. 298 ff.)). Zwingend ist die hier gewählte Einordnung nicht und schon generell ist die Abgrenzung zwischen Pflichten und Obliegenheiten alles andere als gesichert: *Hähnchen* hat in ihrer dem Thema gewidmeten Schrift etwa die rechtsfolgenbezogene Abgrenzung verworfen und ordnet Obliegenheiten insgesamt als Nebenpflichten ein (*dies.*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2012, S. 233 ff.).

<sup>569</sup> S. zur Legitimationskraft eines solchen Vergleichs noch unten § 41.2. b) cc) (S. 153 ff.).

<sup>570</sup> S. dazu oben § 31.2. d) aa) (S. 86 f.).

<sup>571</sup> Motive, S. 68 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 162.

## aa) Die mittelbare Einlassungspflicht in ausländischen Zivilprozessen

Die Einlassungspflicht des Streitverkündungsempfängers geht indessen noch einen entscheidenden Schritt weiter. Zur Illustration soll das folgende Fallbeispiel dienen:

Die H-GmbH schließt mit der B-GmbH einen Vertrag ab, nach dem die H der B eine Fräs- und Drehmaschine zum Preis von 2.000.000 € herstellen soll. Die jeweils in Deutschland ansässigen Unternehmen, die beide Teil eines amerikanischen Konzerns sind, vereinbaren in ihrer Streitbeilegungsklausel, dass für Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis ausschließlich die Gerichte der Stadt New York zuständig sind. Die Maschine wird bereits kurz nach ihrer Inbetriebnahme funktionsunfähig. B klagt deswegen gegen H vor dem New York Supreme Court<sup>572</sup> und beantragt die Verurteilung der H zur Reparatur der Maschine. Im Prozess kristallisiert sich heraus, dass die Funktionsunfähigkeit der Maschine auf einem möglicherweise mangelhaften Bauteil beruhen könnte, das die H von ihrer in München ansässigen Lieferantin L bezieht. Deshalb setzt H die L durch *vouching in* – dem US-amerikanischen Pendant zur Streitverkündung<sup>573</sup> – von dem Prozess in Kenntnis und fordert sie zur Übernahme der Verteidigung gegen B auf. Der New York Supreme Court gibt der Klage der B, gestützt auf die Mangelhaftigkeit des Bauteils, vollumfänglich statt.

Klagt nun H vor dem Landgericht München gegen L, um diese wegen der Gewährleistung gegenüber B in Regress zu nehmen, hat das Landgericht München die zur Mangelhaftigkeit des Bauteils im US-amerikanischen Zivilprozess getroffenen Feststellungen seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Denn die mit der Streitverkündungswirkung funktional vergleichbare *issue preclusion*<sup>574</sup> (als Rechtsfolge des *vouching in*) ist – das ist weitgehender Konsens – von deutschen Gerichten analog

<sup>572</sup> Der *New York Supreme Court* ist eine Eingangsinstanz, s. nur *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 8.

<sup>573</sup> Das *vouching in* (synonym verwendet auch: *tender* oder *notice of defense*) ist ein der Streitverkündung sehr ähnliches Rechtsinstitut, dass auf Fallrecht des *common law* zurückgeht (vgl. 46 Am. Jur. 2d, Judgments § 584; Restatement 2d of Judgments, § 57; *Humble Oil Refining Co. v. Philadelphia Ship Maintenance Co.*, 444 F.2d 727, (3rd Cir. 1971), 735 Fn. 14; *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, (5th Cir. 1992), 1136 Fn. 2). Eine gute Beschreibung findet sich in *Humble Oil Refining Co. v. Philadelphia Ship Maintenance Co.*, 444 F.2d 727, (3rd Cir. 1971), 735 Fn. 14: „Vouching-in‘ is a common-law device by which a defendant notifies another: (a) of the pendency of the suit against him; (b) that if liability is found, the defendant will look to the vouchee for indemnity; (c) that the notice constitutes a formal tender of the right to defend the action; and (d) that if the vouchee refuses to defend, it will be bound in any subsequent litigation between them to the factual determinations necessary to the original judgment.“ S. zum *vouching in* aus der deutschsprachigen Literatur Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 51 ff.; Mansel, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 64 ff.; A. Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 41 f.; besonders eingehend Braksiek, Urteilstwirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 134 ff.; Götte, Vouching In, 1993, S. 23 ff.; Koch, ZVglRWiss 85 (1986), 11, 14 ff.

<sup>574</sup> Synonym *collateral estoppel*. Dogmatisch wird die *issue preclusion* als Teil der Rechtskraft verstanden, s. Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 53 f.; Mansel, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 68 f.; Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 184 ff.

§ 328 Abs. 1 ZPO anzuerkennen.<sup>575</sup> Die nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO erforderliche Anerkennungszuständigkeit muss dabei nach nahezu einhelliger Ansicht nur für die Parteien des Primärprozesses, nicht aber gegenüber dem Dritten (*vouchee*) bestehen.<sup>576</sup> Eine Grenze findet sich inhaltlich zwar im *ordre public*-Vorbehalt des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Für einen Vorbehalt reicht indes nicht aus, dass das ausländische Verfahren anderen Wertungen folgt. Denn der *ordre public* fragt nur nach einer Unvereinbarkeit mit inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen.<sup>577</sup> Voraussetzung dafür ist in den Worten des Bundesgerichtshofs, dass die Entscheidung im ausländischen Prozess „auf einem Verfahren beruht, das von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem Maße abweicht, daß es nach der deutschen Rechtsordnung nicht als in einer geordneten, rechtsstaatlichen Weise ergangen angesehen werden kann“<sup>578</sup>. Den ausländischen Prozess beherrschende exotische Institute wie etwa eine *pretrial discovery*<sup>579</sup>, *cross examination*<sup>580</sup>, die Besetzung des Spruchkörpers ausschließlich durch Laienrichterninnen und Laienrichter<sup>581</sup> oder die

---

<sup>575</sup> Explizit zum *vouching in Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 137 ff.; *Köckert*, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 173; *Mansel*, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 74 ff.; eingehend und differenzierend *Götze*, Vouching In, 1993, S. 133 ff. Nach heute einhelliger Meinung sind Drittwirkungen eines ausländischen Zivilprozesses generell immer dann anzuerkennen, wenn sie mit der Streitverkündungs- oder Interventionswirkung vergleichbar sind, vgl. statt vieler *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2820 sowie die zahlreichen Nachweise bei *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 31 Fn. 127.

<sup>576</sup> *Bernstein*, FS Ferid I, 1978, S. 75, 87; *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 142 ff.; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2820 Fn. 188; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 182; *Götze*, Vouching In, 1993, S. 146 f.; *Koch*, ZVglRWiss 85 (1986), 11, 57; *Köckert*, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 148; *Mansel*, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 75 f.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 35; *Martiny*, HdB IZVR, 1984, Rn. 702; *Milleker*, ZJP 80 (1967), 288, 306; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 1082; *Taupitz*, ZJP 102 (1989), 288, 314; a.A. nur *Hoffmann*, IPRax 1982, 217, 221; *Hoffmann/Hau*, RIW 1997, 89, 91 f.; *W. Wilhelmi*, Niemeyer's Zeitschrift 1933–1934, 105, 135. Zu fordern ist allerdings, und das kann *Mansel* folgend in § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verortet werden, die spiegelbildliche Prüfung dessen, ob der Hauptpartei (aus dem ausländischen Prozess heraus) ein Streitverkündungsgrund zukommt, s. dazu *Mansel*, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 76; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 35 m. w. N. Der Grund für die Prüfung eines Streitverkündungsgrunds liegt darin, dass der Dritte *kraft des durch den Streitverkündungsgrund vermittelten Sachzusammenhangs* der Kognition des Primärgerichts unterworfen wird, s. dazu noch später im Text.

<sup>577</sup> S. statt vieler BGHZ 48, 327, 331; BGH NJW 1978, 1114, 1115; *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 1995, S. 126; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 130.

<sup>578</sup> BGHZ 118, 312; grundlegend BGHZ 48, 327, 331.

<sup>579</sup> BGHZ 118, 312, 323; BVerfG WM 2007, 375, 376; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 131; im Grundsatz ebenso *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 328 Rn. 67; den *ordre-public* nur bei „extensiver“ Ausforschung verletzt sehend aber *ders.*, ZVglRWiss 169 (2005), 427, 442 f.; *ders.*, FS Stiefel, 1987, S. 697, 702 ff.

<sup>580</sup> *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 328 Rn. 67.

<sup>581</sup> OLG Saarbrücken NJW 1988, 3100; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 131; *Roth*, IPRax 1989, 14, 17.



Entscheidung durch eine anglo-amerikanische *jury*<sup>582</sup> hindern die Anerkennung der ausländischen Entscheidung sowie ihrer möglichen Drittwirkungen daran gemessen nicht. Man mag die Anerkennungsfähigkeit hinsichtlich mancher dieser Verfahrensgestaltungen anzweifeln. Darüber muss hier nicht entschieden werden.<sup>583</sup> Schließlich sind auch Streitverkündungswirkungen aus europäischen Zivilprozessen<sup>584</sup> – etwa aus einem spanischen<sup>585</sup> – nach Art. 65 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 EuGVVO<sup>586</sup> anzuerkennen, ohne dass eine Anerkennungszuständigkeit bestehen muss.

Die rechtspolitische Überzeugungskraft der grenzüberschreitenden Anerkennung von Streitverkündungswirkungen und ähnlichen Bindungswirkungen ohne Notwendigkeit einer Anerkennungszuständigkeit gegenüber dem Dritten soll hier nicht näher untersucht werden. Denn sie entspricht jedenfalls einem international verbreiteten Gerechtigkeitsverständnis und hat mit ihrer Manifestation in Art. 65 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 EuGVVO für die europäische Zivilprozesslandschaft auch eine Verankerung im gesetzgeberischen Willen gefunden.

#### bb) Die Last des Streitverkündungsempfängers als Wertungsentscheidung

Dieser Befund lässt somit auf die Wertungsentscheidung schließen, dass einem Streitverkündungsempfänger ein gegenüber dem Sekundärprozess *möglicherweise erheblich abweichender Rahmen der Streitbeilegung zugemutet werden kann*. Zudem entfällt der Schutz der Hauptpartei nicht dadurch, sie sich privatautonom für den dem Dritten aufgebürdeten Primärprozess entschieden hat. Denn die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Urteile hängt nicht vom Beweggrund für den ausländischen Prozess ab und damit auch nicht davon, ob die anerennungswillige Partei die Notwendigkeit einer Urteilsanerkennung verursacht oder auch nur mitverursacht hat. Die Parteien des Primärprozesses können dem Dritten somit durch privatautonome Vereinbarung (hinsichtlich der Streitverkündungswirkung) einen

<sup>582</sup> Herrmann, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile, 2000, S. 208; Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 112.

<sup>583</sup> Einige in der Schiedspraxis verbreitete Verfahrensgestaltungen, die teilweise ebenfalls dem *common law* entstammen und manchen der soeben im Text genannten Gestaltungen ähnlich sind, werden an späterer Stelle noch eingehend untersucht: § 5 II. (S. 240 ff.).

<sup>584</sup> Bindungswirkungen, die der Streitverkündung ähnlich sind, gibt es innerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel-Ia-Verordnung oder des LugÜ 2007 in zahlreichen Staaten. S. hierzu die Übersichten bei Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 30; Milleker, ZZP 80 (1967), 288, 290 Fn. 7, 296 Fn. 33; Taupitz, ZZP 102 (1989), 288, 298 f.

<sup>585</sup> Art. 14 Ley de Enjuiciamiento Civil (Intervención provocada), s. dazu Mellado Asencio-espZPO/Díaz Doig, Art. 14.

<sup>586</sup> Für den Anwendungsbereich des LugÜ gilt Art. II Abs. 3 Satz 2 des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ 2007.



ausländischen Zivilprozess aufdrängen. Die Interessen der Hauptpartei werden insofern höher gewichtet als das Gerichtsstandsinteresse des Dritten.<sup>587</sup>

*b) Für eine prinzipielle Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung:  
Ein funktional wertender Vergleich der Lasten*

Vergleicht man die Last ausländischer zivilprozessualer Streitverkündungswirkungen funktional wertend mit derjenigen aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO, dann spricht viel dafür, auch einer arbitralen Streitverkündung jedenfalls im Grundsatz ohne Zustimmung des Dritten Wirksamkeit beizumessen und also die Privatautonomie des Dritten entsprechend zu beschränken.<sup>588</sup>

aa) Die im Vergleich zu ausländischen Zivilprozessen gleichwertige Last einer Streitverkündungswirkung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO

Hiergegen könnten Einwände vorgebracht werden:

*(1) Das Schiedsverfahren der §§ 1025 ff. ZPO als generell  
gleichwertiges Rechtsschutzsystem*

Ein zentraler Einwand könnte lauten: Schiedsgerichte mögen zwar grundsätzlich wie staatliche Gerichte Recht sprechen, aber doch in einer anderen Weise, insbesondere unter Verzicht auf bestimmte im staatlichen Zivilprozess herrschende Institutionen und Verfahrensprinzipien (z.B. durch die starke Beschränkung des Rechtsmittelzugs nach § 1059 ZPO, durch mögliche Schriftsatzbeschränkungen, durch das nach § 1047 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur subsidiären Disposition des Schiedsgerichts stehende Mündlichkeitsprinzip oder durch die Einschränkung der gerichtlichen Vernehmungsleitung zugunsten einer vorwiegend parteibetriebenen *cross examination* von Zeugen). Die Schiedsparteien mögen sich darauf einlassen dürfen und über bestimmte Institutionen sowie Verfahrensprinzipien disponieren – *aber dürfen sie diese Disposition auch mit Lastwirkung für einen Dritten treffen, der an ihr nicht privatautonom Teil hatte?*

Der Vergleich zur Last des Streitverkündungsempfängers in staatlichen Zivilprozessen spricht dafür, dass dies *prinzipiell möglich ist*. Denn auch das Primärgericht eines ausländischen Zivilprozesses trifft die entscheidungserheblichen Feststellungen unter Umständen nach völlig anderen Regeln, ja nach zum Teil völlig anderen Wertungen, als dies in einem deutschen Zivilprozess der Fall wäre. Im Bereich staatlicher Zivilprozesse ist dem Streitverkündungsempfänger somit zum Schutz der Hauptpartei gleichermaßen aufgebürdet, auf bestimmte Institute und

<sup>587</sup> So zur Anerkennung ausländischer Streitverkündungswirkungen explizit Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 142; Schack, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 1082, 451.

<sup>588</sup> S. zur Tragkraft des hier angestellten Vergleichs noch unten § 41.2.b) cc) (S. 153 ff.).

Verfahrensprinzipien des deutschen Zivilprozesses ohne dahingehende privatautonome Willensausübung zu „verzichten“.

Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen und Streitverkündungswirkungen beruht insoweit maßgeblich auf der Annahme, dass das ausländische Streitbeilegungssystem dem deutschen gegenüber, auch wenn es nicht gleich sein muss, *generell gleichwertig* ist – gemessen an den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen im Hinblick auf die Verfahrensrechte der Beteiligten sowie der Lastenverteilung des materiellen Rechts.<sup>589</sup> Während dies im Bereich der internationalen Urteilsanerkennung teilweise eine Fiktion sein mag,<sup>590</sup> ist die Annahme für das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO begründet: Der prozedurale Standard eines deutschen Schiedsverfahrens dürfte – auch unter Anwendung einer der praktisch bedeutsamen institutionellen Schiedsordnungen – mindestens vergleichbar mit dem sein, den anerkennungsfähige ausländische staatliche Zivilprozesse gewährleisten.<sup>591</sup> Und auch gegenüber einem deutschen staatlichen Zivilprozess ist ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO *prinzipiell* gleichwertig: Insbesondere werden das rechtliche Gehör (§ 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO) und die Gleichheit der Parteien (§ 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO) als die beiden zentralen Säulen verfahrensmäßiger Gerechtigkeit im selben Umfang gewährleistet wie vor deutschen staatlichen Gerichten<sup>592</sup> – und von letzteren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d) ZPO auch unter Zugrundelegung desselben Maßstabes überprüft.<sup>593</sup>

Die fachliche Qualität der Streitbeilegung dürfte im Schiedsverfahren – gerade hinsichtlich der dort tendenziell großvolumigen und komplexen Streitigkeiten – bisweilen sogar über demjenigen eines alternativen deutschen Zivilprozesses liegen. Denn die (deutsche) staatliche Gerichtsbarkeit ist insoweit im Defizit, als sich die fachliche Expertise des entscheidenden Spruchkörpers in dem von der Garantie des gesetzlichen Richters gezogenen Rahmen deutlich schwerer gewährleisten lässt.<sup>594</sup> In diese Richtung zeigt auch die vom BMJ in Auftrag gegebene Studie zu den Ursachen für die seit einigen Jahren rückläufigen Fallzahlen in der Ziviljustiz<sup>595</sup>: Als ein Grund dafür, von einer Streitbeilegung in der staatlichen Ziviljustiz abzuse-

<sup>589</sup> Geimer, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2751 mit Rn. 37; Linke/Hau, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 12.5; Martiny, HdB IZVR, 1984, Rn. 86 f.; Wurmnest, HWB – EuP, 2009, unter 1. S. dazu näher unten § 4 I. 2. b) cc) (3) (S. 155 f.).

<sup>590</sup> S. dazu noch unten § 4 I. 2. b) cc) (3) (S. 155 f.) mit Nachweisen in Fn. 645.

<sup>591</sup> Mit dieser Einschätzung auch Zöller/Geimer, Vorbemerkung zu §§ 1025 – 1066 Rn. 1.

<sup>592</sup> Hierauf die „die funktionale Äquivalenz zur staatlichen Rechtsprechung“ stützende MüKo-ZPO/Münch, § 1042 Rn. 1.

<sup>593</sup> S. etwa OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2014, 154, 157; OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2006, 219, 223.

<sup>594</sup> Riehm, ZIP 2023, 1561, 1562; Riehm/Q. Thomas, NJW 2022, 1725, 1727.

<sup>595</sup> Ekert/Meller-Hannich/Nöhre u. a., Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, 2023 ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=1)).

hen, wird das gerade in komplexeren Sachverhalten fehlende Vertrauen der Parteien und ihrer Verfahrensbevollmächtigten in die fachliche Kompetenz der Richterschaft angegeben.<sup>596</sup>

Ferner sichert das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien zusammen mit den in den entscheidenden Punkten zwingenden Vorschriften zur Ablehnung und Ersatzbestellung von Schiedsrichtern (§§ 1034 Abs. 2, 1036 f. ZPO) während aber auch nach der Konstituierung des Schiedsgerichts die Neutralität des Spruchkörpers (jedenfalls) *in toto* ab.<sup>597</sup> Wie der *ad personam* gewählte – und nicht wie vor staatlichen Gerichten gesetzlich bestimmte – Spruchkörper so gebildet werden kann, dass auch dem Dritten gegenüber dessen Neutralität gesichert ist, ist allerdings eine klärungsbedürftige Frage, die in einem eigenen Abschnitt untersucht werden soll.<sup>598</sup>

Es ist daher *im Generellen* begründet, wenn der Reformgesetzgeber der §§ 1025 ff. ZPO das deutsche Schiedsverfahren als „eine der staatlichen Gerichtsbarkeit im Prinzip gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit“<sup>599</sup> bezeichnet hat.<sup>600</sup> Freilich unterliegt ein Schiedsverfahren (nach §§ 1025 ff. ZPO) weitgehend der Parteidisposition: Jenseits der zwingenden Vorschriften der §§ 1025 ff. ZPO wird der verfahrensmäßige Rahmen des primären Schiedsverfahrens individuell von den Parteien etwa durch Wahl einer Schiedsordnung geschaffen (§ 1042 Abs. 3 ZPO) und subsidiär vom Schiedsgericht nach seinem Ermessen ausgefüllt (§ 1042 Abs. 4 ZPO) – grundlegend in der ersten verfahrensleitenden Verfügung („Procedural Order Nr. 1“), mit der das Schiedsgericht den Grundstein für die eigene Verfahrensführung legt.<sup>601</sup> Es kann daher sein, dass der durch die Streitverkündungswirkung vorverlagerte Rechtsschutz des Dritten *aufgrund der individuellen Ausgestaltung* des konkreten (primären) Schiedsverfahrens nicht mehr als gleichwertig angesehen werden kann. Dies ist eine ernstzunehmende Problemstellung: Der Streitverkündungsempfänger darf der Verfahrensgestaltung durch die Parteien nicht grenzenlos ausgesetzt sein. Der Gedanke wird später aufzugreifen sein.<sup>602</sup> An dieser

<sup>596</sup> Ekert/Meller-Hannich/Nöhre u. a., Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, 2023 ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=1)), S. 152 f.; zudem Meller-Hannich, MDR 2023, 737, 740 f.

<sup>597</sup> S. dazu noch näher unten § 4 VI. 2. (S. 194 ff.).

<sup>598</sup> S. dazu unten § 4 VI. (S. 191 ff.).

<sup>599</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 34.

<sup>600</sup> Aus der Literatur zudem Calavros, UNCITRAL-Modellgesetz, 1988, S. 80; Geimer, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 171; Reithmann/Martiny/Hausmann, Rn. 8.184; MüKo-ZPO/Münch, Vorbemerkung zu § 1025 Rn. 8. Dagegen Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2004, S. 26 ff.; Schenk, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 27 ff.

<sup>601</sup> Mit einem kommentierten Muster für Verfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mit deutschem Schiedsort und unter Geltung der DIS-SchO Meckes/K.J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29 ff.

<sup>602</sup> Unten § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) sowie eingehend unten § 5 (S. 235 ff.).

Stelle soll es zunächst nur darum gehen, ob eine Streitverkündung aus einem Schiedsverfahren grundsätzlich (ohne Zustimmung des Dritten) wirksam sein kann.

*(2) Die Schiedsabrede als zulässiger Vertrag mit Lastwirkung für einen Streitverkündungsempfänger*

Die eingangs aufgeworfenen Stimmen<sup>603</sup> bringen zudem den Einwand vor, dass eine arbitrale Streitverkündungswirkung schon deswegen nicht eintreten darf, weil der Dritte an Schiedsvereinbarung und der damit verbundenen Gestaltung des prozeduralen Rahmens der Streitbeilegung nicht Teil hatte. Auch dieses Argument ist mit Blick auf den Bereich staatlicher Zivilprozesse jedoch schwach. Denn wie gesehen, können die Verfahrensparteien mit der Wahl eines ausländischen Zivilprozesses über den prozeduralen Rahmen der Streitbeilegung mit Wirkung für den Dritten disponieren, ohne dass dieser Partei der Gerichtsstandsvereinbarung sein muss.<sup>604</sup>

*(3) Kein Verzicht auf die Streitverkündung durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung*

Zu erwägen ist jedoch, ob die Hauptpartei auf den mit der Streitverkündung verbundenen Schutz verzichtet, indem sie die Schiedsvereinbarung abschließt: Den Schiedsparteien steht es selbstverständlich frei, die streitverkündungsbedingte<sup>605</sup> Beteiligung Dritter an ihrem Schiedsverfahren auszuschließen. In der Praxis dürfte eine entsprechende Vereinbarung jedoch selten vorkommen. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung könnte ein solcher Verzicht nur angenommen werden, wenn der Schiedsvereinbarung im Wege typisierender Auslegung ein dahingehender (konkludenter) Verzichtswille zu entnehmen wäre. Dies ist jedoch abzulehnen: Der Verzicht widerspräche offensichtlich dem Interesse der Partei(en), die nach der Sachverhaltslage möglicherweise von einer Streitverkündung Gebrauch machen möchte(n). Er könnte sich demnach allenfalls auf den Gedanken stützen, dass die – anwaltlich beratene – Hauptpartei einen dahingehenden typisierten Verzichtswillen aufweist, weil ihr bekannt ist, dass die aktuell herrschende Meinung eine Streitverkündung im Schiedsverfahren (ohne Zustimmung des Dritten) als unwirksam betrachtet. Mit anderen Worten: Weil es die herrschende Meinung so sieht, gehöre der Verzicht auf die Streitverkündung zum „Gesamtpaket“, das man mit einer Schiedsabrede wählt. *Es gibt jedoch keinen typisierten Erklärungswillen zugunsten einer wie auch immer gearteten herrschenden Meinung.* Im Übrigen ist die Zulässigkeit der Streitverkündung im Schiedsverfahren seit jeher stark umstritten und die letzte höchstgerichtliche Entscheidung hierzu liegt mehr als 50 Jahre zurück<sup>606</sup>.

<sup>603</sup> Oben § 4 I. (S. 136 f.).

<sup>604</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. a) bb) (S. 143).

<sup>605</sup> S. zur eigeninitiativen Intervention des Dritten noch unten § 4 I. 4. (S. 158 ff.).

<sup>606</sup> BGH ZZZ 79 (1966), 121 ff.; zuletzt im Anschluss an den Bundesgerichtshof OLG Köln BeckRS 2015, 123288 Rn. 25.

Oder anders gewendet: Trifft der Standpunkt der herrschenden Meinung zu, dann steht der Hauptpartei die Streitverkündung im Schiedsverfahren nicht zur Verfügung – ohne, dass es auf einen Verzicht ankäme. Wenn aber die Streitverkündung im Schiedsverfahren wertungsmäßig zulässig, vielleicht sogar geboten ist, kann ein Verzichtswille erst recht nicht angenommen werden.

Aus demselben Grund kann institutionellen Schiedsordnung regelmäßig kein Verzicht auf das Instrument der Streitverkündung und der streitverkündungsbedingten Nebenintervention entnommen werden, der dann durch die Wahl der jeweiligen Schiedsordnungen in den Parteiwillen inkorporiert wäre: Selbst wenn der jeweiligen Schiedsordnung die herrschende Meinung zur Streitverkündung im Schiedsverfahren bei deren Schöpfung *als Prämisse* zugrundegelegt haben mag und eine Streitverkündung im Instrumentarium der Schiedsordnung daher fehlt, begründet dies noch keinen positiven Willen dahin, auf eine Streitverkündung im Arsenal möglicher Drittbeteiligungen zu verzichten. Gerade im Hinblick auf eine Streitverkündung und eine dadurch bedingte Intervention lässt sich das Instrumentarium der Schiedsordnungen zudem in der Regel nicht als abschließende – und die Streitverkündung insofern ausschließende – Regelung verstehen.

Dies ist zunächst der Fall, wenn und weil die meisten Schiedsordnungen lediglich die Konstellation eines Mehrvertrags- oder Mehrparteienverfahren mit mehr als zwei vollwertigen Parteien regeln, in denen ein (ggf. den Schiedsgegenstand objektiv erweiternder) Anspruch gegen oder durch den Dritten mitverhandelt und -entschieden werden soll (dies betrifft unter anderem Art. 8, 17 ff. DIS-SchO; Art. 9 f. ICC-SchO; Art. 8 LCIA-SchO; Art. 6 f. Swiss-Rules). Sie erfassen die Konstellation einer reinen Streithilfe daher gar nicht. Die VIAC-SchO erfasst mit Art. 14 demgegenüber zwar auch die Beteiligung des Dritten als reinen Streithelfer der Hauptpartei (vgl. Art. 14 (1): „einer Drittperson“ sowie die Entscheidung des Schiedsgerichts „über die Art ihrer Teilnahme“). Die Regelung skizziert die Drittbeteiligung jedoch nur rudimentär und ist der Konkretisierung durch ein dem Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO möglicherweise zu entnehmendes Streitverkündungsrecht daher durchaus geöffnet. Das Instrumentarium einer Schiedsordnung dürfte eine Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten allerdings dann ausschließen, wenn die Streitverkündung von der Schiedsordnung vorgesehen wird und sie eine Zustimmung des Dritten zur Wirksamkeitsvoraussetzung macht. Dies ist etwa nach § 17 (1) der SOBau 2020 der Fall. Hier hat sich die Position der herrschenden Meinung im positiven Regelungswillen niedergeschlagen, sodass die Hauptpartei durch Wahl der Schiedsordnung auf eine Streitverkündungswirkung ohne Zustimmung des Dritten verzichtet hat.

#### (4) Die wertungsmäßige Irrelevanz des Attributes „staatlich“

Von dem, was die prinzipielle Gleichwertigkeit der Last einer Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren von der aus einem anerkennungsfähigen ausländischen Zivilprozess unterscheiden könnte, bleibt schließlich nur noch das Attribut „staatlicher Zivilprozess“ übrig. Wertungsmäßig folgt daraus jedoch nichts: Denn die Natur des Schiedsverfahrens als *private* Gerichtsbarkeit verlangt dem Dritten *funktional wertend* nicht mehr ab – sie macht seine streitverkün-

dungsbedingte mittelbare Einlassungspflicht nicht zu einer anderen Inhalts als die vor staatlichen Gerichten. Die vorstehenden Absätze haben dies aufgezeigt.

Insofern überzeugt nicht, wenn *Habscheid* die Streitverkündungswirkung im Schiedsverfahren in einem Umkehrschluss zur Natur des staatlichen Gerichtsverfahrens ausgeschlossen sieht: Nach ihm legitimiere sich die Streitverkündungswirkung im staatlichen Gerichtsverfahren dadurch, dass dem Richter „kraft Gesetzes“ Kognition „in allen ihm durch das Prozeßrecht zugewiesenen Fällen“ über die Rechtspositionen des Dritten zukomme, weil er der vom „Gericht ausgeübten Gerichtsbarkeit“ unterstehe<sup>607</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch das staatliche Primärgericht potenziell – und praktisch betrachtet: im Regelfall – an und für sich keine Kognition über das Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten hat. Im Fall eines ausländischen Primärprozesses untersteht das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei zudem ggf. schon nicht der ausländischen Gerichtsbarkeit. Dies ist jedoch nicht entscheidend, wie sich gezeigt hat: Die streitverkündungsbedingte mittelbare Einlassungspflicht des Dritten gründet sich auf dem Schutz der Hauptpartei in ihrem Interesse an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts und ist damit Kognition kraft des durch den Streitverkündungsgrund vermittelten Sachzusammenhangs<sup>608</sup> – genauer: Kognition kraft Freistellung der Hauptpartei vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts.

bb) Die Entscheidung des Court of Appeals, Second Circuit (New York) im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos* und ihre übertragbare ratio

Der Court of Appeals, Second Circuit (New York) hat sich in seiner Entscheidung im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos*<sup>609</sup> von einigen der vorstehend entwickelten Gedanken leiten lassen:

In dem Fall nahm ein Schiffseigner den Charterer auf Ersatz unter anderem seines Schadens wegen der Beschädigung des Schiffs (bzw. des dazugehörigen Verladekrans) in einem Schiedsverfahren mit Sitz des Schiedsgerichts in London in Anspruch. Da die Schäden am Schiff beim Verladen des transportierten Guts verursacht wurden, forderte der Charterer den an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligten Stauer (*stevedore*) mittels *vouching in* auf, ihn im Schiedsverfahren gegen den Schiffseigner zu verteidigen. Der Stauer blieb dem Verfahren fern. Das Schiedsgericht verurteilte den Charterer gestützt auf das Verhalten des Stauers zum Schadensersatz. Im anschließenden Regressprozess des Charterers gegen den Stauer vor dem District Court, S.D. New York<sup>610</sup> stellte sich die Frage, ob das Gericht aufgrund der *issue preclusion* als Folge des *vouching in*<sup>611</sup> an die tragenden Feststellungen des Schiedsgerichts gebunden ist. Der District Court lehnte dies mit einem pauschalen Verweis auf die Privatau-

<sup>607</sup> *Habscheid*, ZZZP 79 (1966), 124, 125.

<sup>608</sup> *Mansel*, ZZZP 109 (1996), 61, 63; *Mansel*, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 76.

<sup>609</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos*, 845 F.2d 1157 (2d Cir. 1988).

<sup>610</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos*, 578 F. Supp. 327 (S.D.N.Y. 1984).

<sup>611</sup> S. zum Inhalt des *vouching in* oben § 41.2.a)aa) (S. 142) mit Fn. 574.

tonomie des Dritten ab: „Parties are bound by the results of [arbitration] proceedings because they have agreed to resolve their disputes in an arbitral, rather than judicial, forum. [...] By consenting to arbitration a party relinquishes certain rights and safeguards provided by the judicial system. [...] If a party does not consent to arbitration, however, it retains these rights and should not be bound by an arbitration award.“<sup>612</sup>

Der Court of Appeals hingegen bejahte die *issue preclusion*: Schiedsverfahren und staatlicher Zivilprozess seien nicht so verschieden, dass dies die Wirksamkeit des im Schiedsverfahren erklärten *vouching in* für den (staatlichen) Folgeprozess ausschließen würde.

„First, we are not convinced that the procedural differences between arbitration and the judicial process preclude *vouching*. [...] It is not at all clear that the procedures afforded by arbitration are so invariably different from those afforded by courts that the indemnitors in maritime cases are likely to be unfairly prejudiced if bound by the results of arbitration. [...] Absent a particularized showing of harm, procedural differences between arbitration and court adjudication are not a ground for denying a preclusive effect to the *vouching-in* notice.“<sup>613</sup>

Der Bindungswirkung stehe auch nicht entgegen, dass eine unmittelbare Einlassungspflicht in der Schiedsgerichtsbarkeit nur bei entsprechender parteiautonomer Disposition bestehe.

„Second, we are also not convinced that the usual rule that a party will not be bound by arbitration absent its consent necessarily requires that a party consent before it may be *vouched* into an arbitration.“<sup>614</sup>

Denn auch im staatlichen Zivilprozess werde der Dritte von den Folgen des *vouching in* getroffen, obwohl er nicht der Jurisdiktion des Primärgerichts unterliegt und der Bindungswirkung nicht zugestimmt hat.

„In the absence of *vouching*, a party would have to consent to the exercise of a court’s jurisdiction in order to be bound by the court’s decrees if the court lacked personal jurisdiction. Likewise, in the absence of *vouching*, a party would have to consent before being bound by arbitration. A party can, however, be *vouched* into a judicial proceeding when there is neither personal jurisdiction nor consent.“<sup>615</sup>

Während die Entscheidung in der Literatur unterschiedliche Resonanz hatte,<sup>616</sup> wurde sie von der Rechtsprechung positiv aufgenommen<sup>617</sup>: Der Court of Appeals,

<sup>612</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 578 F. Supp. 327, 330 (S.D.N.Y. 1984).

<sup>613</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157, 1162 f. (2d Cir. 1988).

<sup>614</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157, 1163 (2d Cir. 1988).

<sup>615</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157, 1163 (2d Cir. 1988).

<sup>616</sup> *Craig*, ICC multi-party arbitration, 1992, S. 217, 229 f. bezeichnet sie als „on the borderline between consensual and non consensual arbitration“, nimmt sie jedoch ohne Kritik hin. Ohne Kritik referierend auch *O’Connor*, J. Int. Arbitr. 10 (1993), 161, 168 ff. *Dore*, Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration, 1990, S. 8 lehnt die Entscheidung mit einem pauschalen Verweis auf die Privatautonomie des Dritten ab. *Scowcroft*, J. Marit. Law Commer. 1988, 605, 612 ff. überzeugt der wertende Vergleich des Court of Appeals zur prozeduralen Gleichwertigkeit zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichem Zivilprozess. Gleichwohl verlangt er die Zustimmung des Dritten und begründet dies mit einem Vergleich



Fifth Circuit (Texas, Louisiana, Mississippi) hat die *ratio* der Danaos-Entscheidung im Fall *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.* im Jahr 1992 aufgegriffen (betreffend eine Regresskonstellation um beim Transport aus den USA nach Ägypten teilweise abgebranntes Weizenmehl).<sup>618</sup> Der Dritte war nicht Partei der Schiedsvereinbarung und hatte dem *vouching in* nicht zugestimmt; der Sekundärprozess fand vor dem District Court, S. D. Texas statt. Im Jahr 2003 hat der Court of Appeals, Second Circuit (New York) seine Danaos-Rechtsprechung zudem im Fall *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*<sup>619</sup> wiederholt.<sup>620</sup> Der Fall betraf erneut eine maritime Regresskonstellation, wobei der Primärprozess ein Schiedsverfahren in London und der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren in New York war. Die Entscheidung erging gegen ein *appeal* des Dritten im Aufhebungsverfahren um den sekundären Schiedsspruch. Bereits das New Yorker Schiedsgericht sah sich aufgrund des *vouching in* an die *issue preclusion* gebunden.<sup>621</sup>

Die Entscheidungen betreffen maritime Charter- bzw. Transportkonstellationen. Gleichwohl ist die *ratio*, mit der die unfreiwillige arbitrale *vouching in*-Wirkung begründet wird, nicht darin verwurzelt: *Ratio* ist die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichem Zivilprozess.

Gedankliche Anleihe<sup>622</sup> war hierfür die Entscheidung im Fall *Greenblatt v. Drexel Burnham Lambert, Inc.*<sup>623</sup>, in der der Court of Appeals, Eleventh Circuit (Alabama, Florida, Georgia) den Eintritt der *issue preclusion* in einer Zweiparteienkonstellation (und damit nicht durch *vouching in* ausgelöst) aus einem Schiedsverfahren unter dieselben Voraussetzungen gestellt hat wie die *issue preclusion* aus einem staatlichen Zivilprozess.<sup>624</sup>

---

zur *consolidation* (was einer Verfahrensverbinding durch Streitverkündungsklage entspricht): Diese sei für den Dritten und den Verfahrensgegner nicht belastender als ein *vouching in* und erfordere – das ist unstrittig, s. nur *Weyerhaeuser Co. v. Western Seas Shipping Co.*, 743 F.2d 635, 637 (9th Cir. 1984) – die Zustimmung des Dritten. Der Vergleich geht jedoch fehl: Die *consolidation* drängt dem Dritten das Schiedsverfahren hinsichtlich sämtlicher Feststellung seiner materiellen Rechtsposition zur Hauptpartei auf – das *vouching in* erfasst nur bestimmte tragende Feststellungen. Die *consolidation* erweitert den Streitgegenstand des Primärverfahrens zulasten des Verfahrensgegners und gefährdet so dessen verzögerungsfreien Ablauf – das *vouching in* lässt die Stellung des Verfahrensgegners unangetastet.

<sup>617</sup> Noch vor der Danaos-Entscheidung ein unfreiwilliges *vouching in* im Schiedsverfahren ablehnend aber *Lester Bldg. Assocs., Inc. v. Davidson*, 514 A.2d 1100, 1103 (Del. Ch. 1986).

<sup>618</sup> *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, 1136 (5th Cir. 1992): „We believe that due process may be accorded a party ‚vouched in‘ to an arbitration.“

<sup>619</sup> *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*, 333 F.3d 383 (2d Cir. 2003).

<sup>620</sup> *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*, 333 F.3d 383, 390 (2d Cir. 2003).

<sup>621</sup> S. bei *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*, 333 F.3d 383, 387 (2d Cir. 2003).

<sup>622</sup> Unter Rekurs auf die Entscheidung *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos*, 845 F.2d 1157, 1163 (2d Cir. 1988); *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, 1137 (5th Cir. 1992).

<sup>623</sup> *Greenblatt v. Drexel Burnham Lambert, Inc.*, 763 F.2d 1352 (11th Cir. 1985).

<sup>624</sup> *Greenblatt v. Drexel Burnham Lambert, Inc.*, 763 F.2d 1352, 1360 (11th Cir. 1985): „When an arbitration proceeding affords basic elements of adjudicatory procedure, such as an opportunity for presentation of evidence, the determination of issues in an arbitration pro-



Wie bereits aufgeworfen,<sup>625</sup> muss sich die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes aufgrund seiner Individualität freilich im konkreten Schiedsverfahren beweisen. Dieser Gedanke liegt der *ratio* der Danaos-Rechtsprechung durch den Rekurs auf *Greenblatt v. Drexel Burnham Lambert, Inc.* zugrunde: Entscheidendes Kriterium sei, dass „the party against whom the earlier decision is asserted must have had a full and fair opportunity to litigate the issue in the earlier proceeding.“<sup>626</sup> Darauf aufbauend stellt der Court of Appeals den Eintritt der *vouching in*-Wirkung unter die Voraussetzung, dass das konkrete (primäre) Schiedsverfahren dem Dritten effektiven Rechtsschutz bietet.<sup>627</sup>

Diese *ratio* ist verallgemeinerungsfähig<sup>628</sup>: Der Streitverkündung aus einem Schiedsverfahren ohne Zustimmung des Dritten Wirkung beizumessen, ist deswegen problematisch, weil der Rahmen des primären Schiedsverfahrens weitgehender Parteidisposition unterliegt und somit nicht gesichert ist, dass der durch die Streitverkündungswirkung vorverlagerte Rechtsschutz effektiv war. Wird diese Gefahr allerdings ausgeräumt, erscheint es legitim, auch eine arbitrale Streitverkündung nicht von der Zustimmung des Dritten abhängig zu machen: Eine noch verbleibende Andersartigkeit des Primärverfahrens ist nach der aufgefundenen gesetzlichen Wertung gerade kein Umstand, der einer Streitverkündungswirkung entgegenstehen soll.<sup>629</sup> Damit bleibt vorläufig festzuhalten: Eine Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren erscheint dem Dritten ohne seine Zustimmung (nur) zuzumutbar, wenn sie *unter den Vorbehalt gestellt* wird, dass *der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet*. Diese Überlegung wird weiterzuentwickeln sein.<sup>630</sup>

---

ceeding should generally be treated as conclusive in subsequent proceedings, just as determinations of a court would be treated.“ Eine nicht durch *vouching in* ausgelöste *issue preclusion* aus Schiedsverfahren wird in zahlreichen Jurisdiktionen der USA auch gegen Dritte für möglich gehalten, s. dazu m. w. N. und dies selbst befürwortend *Cromwell*, J. Disp. Resol. 2000, 423, 427 ff.

<sup>625</sup> Oben § 4 I. 2. b) aa) (1) (S. 146 f.).

<sup>626</sup> *Greenblatt v. Drexel Burnham Lambert, Inc.*, 763 F.2d 1352, 1360 (11th Cir. 1985).

<sup>627</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos*, 845 F.2d 1157, 1163 (2d Cir. 1988): „Indeed, Universal has not demonstrated any prejudice it would have suffered by reason of an absence of designated procedural safeguards in the London arbitration. Absent a particularized showing of harm, procedural differences between arbitration and court adjudication are not a ground for denying a preclusive effect to the vouching-in notice.“ Aufgegriffen in *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, 1136 (5th Cir. 1992).

<sup>628</sup> So auch *Scowcroft*, J. Marit. Law Commer. 1988, 605, 612.

<sup>629</sup> Oben § 4 I. 2. a) bb) (S. 143).

<sup>630</sup> Unten § 4 II. 2. b) (S. 165) und eingehend unten § 5 (S. 235 ff.).

cc) Die Gründe der Anerkennung von Drittwirkungen ausländischer Zivilprozesse als den wertenden Vergleich tragende Grundlage

Die hier entwickelte Auffassung beruht auf einem *funktional wertenden Vergleich* zu der Last, die einem Streitverkündungsempfänger auch im Bereich staatlicher Zivilprozesse zugemutet wird.<sup>631</sup> Es könnte nun aber sein, dass ausländische staatliche Entscheidungen und Streitverkündungswirkungen in der deutschen Rechtsordnung aus Gründen anerkannt werden, die gerade nur deren Anerkennung tragen. Zu prüfen ist damit abschließend die *Tragfähigkeit* des wertenden Vergleichs.

Würde die Anerkennung ausländischer zivilprozessualer Streitverkündungswirkungen etwa maßgeblich auf die Wertung zurückgehen, dass diese als Ausdruck der ausländischen staatlichen Autorität auch im Inland zu respektieren sind, dann stünde dies der Tragfähigkeit des Vergleichs der Natur der privaten Schiedsgerichtsbarkeit gemäß entgegen. Jedoch ist dies keine Wertung, auf der die Urteilsanerkennung beruht. Im Gegenteil war gerade das Misstrauen vor der ausländischen staatlichen Autorität der Umstand, der die Einschränkung der im Mittelalter noch selbstverständlichen Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile beförderte.<sup>632</sup>

Ausländische zivilprozessuale Entscheidungen und Streitverkündungswirkungen müssen demnach aus der Warte der deutschen Rechtsordnung<sup>633</sup> aus Gründen anerkannt werden, die sich – losgelöst von ihrem Ursprung der Rechtsverfolgung über Landesgrenzen hinweg – auf die Legitimierung einer arbitralen Streitverkündungswirkung übertragen lassen.

(1) Die parteibezogenen Anerkennungsinteressen

Allem voran beruht die Anerkennung ausländischer zivilprozessualer Entscheidungen auf einer Abwägung zwischen den Interessen der von der Anerkennung betroffenen Parteien: Es sind schließlich ihre materiellen Rechtspositionen, die primär von der Anerkennung oder ihrer Versagung betroffen sind.<sup>634</sup> Die siegreiche Partei soll davor geschützt werden, dass sie zur Vollstreckung in einem anderen als dem Erlassstaat erneut prozessieren muss, da sich ihr Rechtsschutz sonst verzögern und verteuern würde.<sup>635</sup> Zudem soll sie vor der in einem erneuten Prozess im

---

<sup>631</sup> S. dazu oben § 41.2.b) (S. 144 ff.).

<sup>632</sup> S. nur *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 934.

<sup>633</sup> Für die Fortbildung des deutschen Schiedsverfahrensrechts kann allein die *inländische Wertungslage* entscheidend sein.

<sup>634</sup> Dies geht in der Darstellung der Gründe für die Urteilsanerkennung meist unter. Die Parteiinteressen systematisch voranstellend aber *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 935 sowie Rn. 17; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 448.

<sup>635</sup> *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 42 f.; *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 1995, S. 5; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1372; *Loyal*, ZZP 131 (2018), 373, 384; *Rieks*, Anerkennung im

Vollstreckungsstaat bestehenden Gefahr geschützt werden, dass das Gericht in diesem Staat in der Sache widersprüchlich entscheidet – etwa weil die unterlegene Partei neue Beweismittel vorträgt oder aber das Gericht aufgrund des in diesem Verfahren anzuwendenden materiellen und Prozessrecht zu einer anderen Beurteilung des Sachverhalts gelangt.<sup>636</sup> Hinsichtlich der Anerkennung einer ausländischen Streitverkündungswirkung liegt der Fokus ganz besonders hierauf, da es in diesem Fall noch keinen Prozess gibt, der wiederaufgerollt werden könnte. Diese Interessenlage besteht gleichermaßen, wenn der Primärprozess nicht ein ausländischer staatlicher Zivilprozess ist und es damit nicht um Rechtsverfolgung über Landesgrenzen hinweg geht, sondern ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO – und es damit um Rechtsverfolgung „nur“ im Inland geht, wenn der Sekundärprozess staatlich ist, über Streitbeilegungsmechanismen hinweg.

Auf der anderen Seite steht das die Anerkennung begrenzende Interesse der unterlegenen Partei – im Fall der Streitverkündung: des Dritten – gegen die Anerkennung.<sup>637</sup> Hinter diesem Interesse steht die Frage nach der *Zumutbarkeit* der Anerkennung, die sich in verschiedenen Anerkennungshindernissen widerspiegelt (vgl. etwa § 328 Abs. 1 Nr. 2–4 ZPO) und sich bezüglich der Anerkennungszuständigkeit nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als Frage nach der Zumutbarkeit der internationalen Gerichtspflichtigkeit äußert.<sup>638</sup> Mit der Zumutbarkeit der internationalen Gerichtspflichtigkeit ist danach gefragt, welche Last die ausländische Streitbeilegung im Vergleich zur inländischen effektiv aufbürdet. Sie ist somit der *Inbegriff eines funktional wertenden Vergleichs*.<sup>639</sup> Die parteibezogene Interessenlage lässt sich somit insgesamt bruchlos auf die Legitimierung einer arbitralen Streitverkündungswirkung übertragen.

## (2) Der internationale Entscheidungseinklang

Eng mit dieser Interessenlage verknüpft ist der nach allgemeiner Auffassung durch die Urteilsanerkennung angestrebte *internationale Entscheidungseinklang*: Es soll vermieden werden, dass in verschiedenen Staaten sich in der Sache wider-

---

Internationalen Privatrecht, 2012, S. 35; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 935; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 448; *Wagner*, FamRZ 2006, 744, 745.

<sup>636</sup> *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 43; *Loyal*, ZZP 131 (2018), 373, 384; *Rieks*, Anerkennung im Internationalen Privatrecht, 2012, S. 35; dezidiert zudem *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 1995, S. 5 mit Fn. 16; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1372.

<sup>637</sup> *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1372; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 448.

<sup>638</sup> *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 1995, S. 7; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1369, 1372.

<sup>639</sup> Die ergebnisorientierte Ausrichtung der §§ 328 Abs. 1 Nr. 2, 4 ZPO („wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt“) bringt dies zum Ausdruck.

sprechende Entscheidungen ergehen.<sup>640</sup> Dahinter steht der Gedanke im Allgemeininteresse, dass das allgemeine Vertrauen der (inländischen) Rechtsunterworfenen in die Rechtsprechung erschüttert wird, wenn widersprüchliche Beurteilungen über denselben Sachverhalt getroffen werden.<sup>641</sup>

Auf die Konstellation einer Streitverkündung im Schiedsverfahren kann dieser Aspekt nur eingeschränkt übertragen werden. Denn der im Allgemeininteresse stehenden Sicherung des Vertrauens in die Rechtsprechung kommt, worauf an späterer Stelle noch näher einzugehen sein wird, im Schiedsverfahren nach allgemeiner Auffassung allenfalls geringes Gewicht zu.<sup>642</sup> Der Schwerpunkt dessen, warum ein internationaler Entscheidungseinklang anzustreben ist, dürfte allerdings ohnehin im Schutz der Parteieninteressen liegen. Denn, wie soeben dargelegt, ist gerade *deren* *Vertrauen* in den Bestand ihrer materiellen Rechtsposition unmittelbar von einem „Entscheidungsmissklang“ betroffen.<sup>643</sup>

### (3) Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsschutzsystems

Eine die Anerkennung begründende aber zugleich auch begrenzende Wertung ist weiter die Annahme, dass der ausländische Rechtsschutz dem inländischen gegenüber gleichwertig ist – gemessen an den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen im Hinblick auf die Verfahrensrechte der Beteiligten sowie der Lastenverteilung des materiellen Rechts.<sup>644</sup> Teilweise wird insoweit von einer Fiktion gesprochen, mit der Erwägung, dass die verschiedenen nationalen Systeme der Streitbeilegung doch in ihrer Ausgestaltung erheblich voneinander abweichen.<sup>645</sup>

In seiner Pauschalität scheint das Bild der Fiktion etwas überzeichnet. Die Annahme der Gleichwertigkeit ist nicht, jedenfalls nicht völlig unbegründet: Denn ist ein ausländisches Rechtsschutzsystem dem inländischen gegenüber per se nicht gleichwertig, insbesondere nicht hinsichtlich der Verfahrensrechte der Beteiligten, dürfte auch die Anerkennung des einzelnen Urteils nicht selten am *ordre public*-Vorbehalt des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO scheitern. Die

<sup>640</sup> *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 41 f.; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1368 f.; *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 12.5; *Martiny*, HdB IZVR, 1984, Rn. 104 ff.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 937; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 449.

<sup>641</sup> *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 936; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 449; implizit mit der Einordnung des Aspekts eines internationalen Entscheidungseinklangs als „Staatsinteresse“ auch *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 179 S. 1368.

<sup>642</sup> S. dazu unten § 4 IX. 1. (S. 222 ff.) mit Nachweisen insbesondere in Fn. 980.

<sup>643</sup> Diesen Aspekt im Zusammenhang mit dem „internationalen Entscheidungseinklang“ betonend *Rieks*, Anerkennung im Internationalen Privatrecht, 2012, S. 35; zudem *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 44; wohl auch *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 12.5.

<sup>644</sup> *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2751 mit Rn. 37; *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 12.5; *Martiny*, HdB IZVR, 1984, Rn. 86 f.; *Wurmnest*, HWB – EuP, 2009, unter 1.

<sup>645</sup> *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2751 mit Rn. 37; *Zöller/Geimer*, § 328 Rn. 16; ähnlich *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 42.

Anerkennung von Entscheidungen eines bestimmten ausländischen Staats beinhaltet daher in Abstrahierung der *ordre public*-Kontrolle die implizite Prüfung der prinzipiellen Gleichwertigkeit.<sup>646</sup>

Aber unabhängig davon, ob man das Bild der Fiktion beibehalten möchte, weist die Überlegung auf etwas anderes hin: Es geht nicht um Gleichheit, sondern um *Gleichwertigkeit* der Rechtsschutzsysteme<sup>647</sup> und damit um eine *funktionale* Betrachtung. Auch diese Wertung lässt sich somit darauf übertragen, die Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung mit der im Vergleich zu staatlichen Zivilprozessen bestehenden Gleichwertigkeit des Streitbeilegungsmechanismus zu begründen. Die abstrakte Gleichwertigkeit eines Schiedsverfahrens nach §§ 1025 ff. ZPO gegenüber einem deutschen staatlichen Zivilprozess muss hierbei gar nicht – wie möglicherweise für bestimmte ausländische staatliche Zivilprozesse – fingiert werden, sondern hat sich als in der Sache begründet herausgestellt.<sup>648</sup>

#### (4) Förderung des Rechts- und Güterverkehrs

Außerdem zielt die Anerkennung ausländischer Entscheidungen rechtspolitisch darauf ab, den Rechts- und Güterverkehr des Inlands im Verhältnis zum Drittstaat zu fördern.<sup>649</sup> Dieses Ziel wird durch die Anerkennung einer arbitralen Streitverkündungswirkung zwar nicht in derselben Weise gefördert. Eine effektive Drittbeilegung hat angesichts des starken Bedürfnisses hiernach<sup>650</sup> jedoch das Potenzial, den Schiedsort zu stärken und in der Fernwirkung ein Stück weit auch den Rechts- und Güterverkehr zu fördern. Im Übrigen dürfte der Wertung „Förderung des Rechts- und Güterverkehrs“ vergleichsweise geringe Bedeutung zukommen. Denn der Staat darf den Rechts- und Güterverkehr kaum – allenfalls zu einem gewissen Grad – auf dem Rücken der Parteien fördern und nicht unter Preisgabe der Effektivität des Rechtsschutzes.

Die Gründe der Anerkennung ausländischer zivilprozessualer Entscheidungen und ihrer Streitverkündungswirkungen lassen sich somit in der Abstrahierung insgesamt weitgehend bruchlos auf die Legitimierung der Wirksamkeit einer Streitverkündung aus einem Schiedsverfahren übertragen. Sie stützen daher den hier verfolgten Ansatz eines funktional wertenden Vergleichs zu der Last eines Streitverkündungsempfängers im Bereich staatlicher Zivilprozesse.

<sup>646</sup> Dies klingt auch bei *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 12.5 an, wenn bei „verallgemeinerungsfähig[en]“ Vorbehalten ein generelles Anerkennungsverbot für möglich erachtet wird.

<sup>647</sup> Dies wird deutlich bei *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2751.

<sup>648</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. b) aa) (1) (S. 144 ff.).

<sup>649</sup> *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, 2020, S. 40 f.; *Martiny*, HdB IZVR, 1984, Rn. 94 ff.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 938; *Schack*, FS Schilken, 2015, S. 445, 449.

<sup>650</sup> S. dazu die Einleitung § 1 I. (S. 23 ff.).

### c) Zwischenfazit

Nach der hier entwickelten Auffassung steht die Privatautonomie des Dritten der Annahme einer Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung und ohne dessen Zustimmung grundsätzlich nicht entgegen. Dies stützt ein Vergleich zur Last eines Streitverkündungsempfängers im Bereich staatlicher Zivilprozesse, der zeigt, dass dem Dritten zum Schutz der Hauptpartei ein möglicherweise erheblich veränderter prozeduraler Rahmen der Streitbeilegung zugemutet werden kann – auch dann, wenn er auf einer Disposition der Verfahrensparteien beruht, an der der Dritte nicht Teil hatte. Voraussetzung der Streitverkündungswirkung muss allerdings sein, dass der durch sie teilweise auf den Primärprozess vorverlagerte Rechtsschutz des Dritten effektiv war. Dies kann im Schiedsverfahren aufgrund der weitgehend eröffneten Parteidisposition nur am Einzelfall beurteilt werden. Eine Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO muss daher unter dem Vorbehalt stehen, dass der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Diese Überlegung wird weiterzuentwickeln sein.<sup>651</sup> Das Ergebnis ist zudem nur vorläufig. Es bleibt zu untersuchen, ob nicht möglicherweise andere Wertungen wie die der Vertraulichkeit<sup>652</sup> oder des gesetzlichen Richters<sup>653</sup> der Wirksamkeit einer Streitverkündung im Schiedsverfahren ohne privatautonome Unterwerfung des Dritten entgegenstehen.

### 3. Die streitverkündungsbedingte Nebenintervention gemessen an der Privatautonomie des Verfahrensgegners

Interveniert der Dritte auf eine Streitverkündung hin in das (primäre) Schiedsverfahren, beschränkt dies die Privatautonomie des Verfahrensgegners im selben Maß wie vor staatlichen Gerichten dadurch, dass der Dritte zur Unterstützung der Hauptpartei im Schiedsverfahren mitwirkt. Ein „Recht auf einen Zweikampf“<sup>654</sup> gibt es jedoch auch im Schiedsverfahren nicht; der Dritte könnte die Hauptpartei ohnehin auch außerprozessual unterstützen. Die Akzessorietät der Streithilfe sichert zudem, dass der Primärprozess durch die Mitwirkung des Dritten nicht verzögert wird und die Handlungsbefugnisse der Hauptpartei nicht ausgeweitet werden.<sup>655</sup> Die Beteiligung des Dritten hebt jedoch teilweise die (mögliche<sup>656</sup>) Vertraulichkeit des

<sup>651</sup> Unten § 4 II. 2. b) (S. 165) und eingehend unten § 5 (S. 235 ff.).

<sup>652</sup> S. dazu unten § 4 V. (S. 175 ff.).

<sup>653</sup> S. dazu unten § 4 VI. (S. 191 ff.).

<sup>654</sup> S. dazu die Analyse zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 IV. (S. 122 f.).

<sup>655</sup> S. dazu die Analyse zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.) und § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>656</sup> S. dazu, dass die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens keineswegs eine dem Schiedsverfahren immanente Wertung ist, noch unten § 4 V. 1. b) (S. 180 ff.).

primären Schiedsverfahrens auf, was der streitverkündungsbedingten Intervention des Dritten *prima facie* entgegenstehen könnte. Dieser Frage und der auch für den Verfahrensgegner relevanten Kostenverteilung wird in eigenen Abschnitten nachgegangen.<sup>657</sup>

*Im Verhältnis der Hauptpartei zum Verfahrensgegner* spricht daher zunächst – gemessen am Gehalt der Privatautonomie – nichts gegen eine Zulassung der *streitverkündungsbedingten* Nebenintervention, ohne dass der Verfahrensgegner zustimmen muss. Auch nicht die Tatsache, dass der Privatautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit eine besondere Bedeutung zukommt<sup>658</sup>: Denn soweit es um die Zulässigkeit der Drittbeteiligung *im Verhältnis der Schiedsparteien zueinander* geht, ist gerade der Binnenbereich einer möglichen privatautonomen Disposition betroffen. Sie müssten eine streitverkündungsbedingte Intervention – was ihnen frei steht – also einvernehmlich ausschließen. Wie bereits dargelegt wurde, kann jedoch allein dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung kein konkludenter Ausschluss der *streitverkündungsbedingten* Intervention entnommen werden, da er dem Interesse der Hauptpartei eklatant zuwiderlaufen würde und infolgedessen ein Verzichtswille nicht begründet ist.<sup>659</sup>

#### 4. Die eigeninitiative Nebenintervention gemessen an der Privatautonomie der Schiedsparteien

Mit dem Befund, dass die streitverkündungsbedingte Intervention des Dritten wertungsmäßig nicht von der Zustimmung des Verfahrensgegners abhängt, ist auf die Frage nach der *eigeninitiativen* Intervention des Dritten noch keine Antwort gegeben. Denn die Konstellation ist schon im Ansatz anders gelagert: Es geht nicht um die Fortbildung des nach der aufgefundenen gesetzlichen Bewertung äußerst starken Schutz der Interessen der Hauptpartei, mit dem hinsichtlich der Zulässigkeit des Beitritts die entgegenstehenden Interessen des Verfahrensgegners abzuwägen sind. Sondern die eigeninitiative Nebenintervention dient dem nach der gesetzlichen Wertungsentscheidung nur marginal zu schützenden Rechtsschutzinteresse des Dritten, dem die Interessen beider Parteien des Primärprozesses entgegenstehen.<sup>660</sup> Diese Interessenlage und -bewertung ist bei der nachfolgenden Abwägung darüber zu berücksichtigen, ob der Dritte eigenwillig an einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mitwirken können soll, ohne dass er Partei der Schiedsvereinbarung ist oder die Schiedsparteien der Intervention zugestimmt haben:

<sup>657</sup> S. zur Vertraulichkeit unten § 4 V. (S. 175 ff.) und zur Kostenverteilung unten § 4 X. (S. 225 ff.).

<sup>658</sup> S. dazu oben § 4 I. 1. (S. 137) in Fn. 555.

<sup>659</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. b) aa) (3) (S. 147 ff.).

<sup>660</sup> S. dazu die Analyse zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 III. (S. 108 ff.).

*a) Die im Schiedsverfahren besonders zu gewichtende Ausschluss-Dimension der Privatautonomie*

Legt man mit der herrschenden Meinung<sup>661</sup> einmal zugrunde, dass der Dritte nicht eigenwillig in ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO intervenieren darf, würde der Schiedsvereinbarung die Dimension zukommen, Dritte von der Streitbeilegung auszuschließen. Dass dieser Standpunkt zutrifft, ist keineswegs ausgeschlossen. Im Gegenteil. Die Privatautonomie hat eine Ausschluss-Dimension, die sich im materiell-rechtsgeschäftlichen Bereich etwa in ihrer Ausprägung als negative Vertragsfreiheit zeigt. Die Ausschluss-Dimension prägt aber auch die Streitbeilegung: Treffen sich zwei Streitparteien – etwa im Stadtpark, im Konferenzsaal eines dazu angemieteten Hotels oder vor einem Streitschlichter –, um über ihren Streit einvernehmlich zu entscheiden, hat ein von der Entscheidung mittelbar betroffener Dritter weder die Möglichkeit noch das Recht an der Beilegung mitzuwirken. Die für den deutschen staatlichen Zivilprozess getroffene Entscheidung, dass sich ein (rechtlich) interessierter Dritter eigenwillig an der Beilegung eines fremden Streits beteiligen können soll, ist also keineswegs eine im Bereich der Streitbeilegung allgemeingültige Wertung.

Allein aus der allgemeinen Ausschluss-Dimension zu folgern, die Schiedsparteien könnten den Dritten von ihrer Streitbeilegung ausschließen, wäre jedoch voreilig. Denn ein Schiedsverfahren gleicht nicht einem einvernehmlichen Entscheid „auf der Parkbank“. Sondern ein Schiedsgericht spricht Recht und schafft mit dem Schiedsspruch einen Jurisdiktionsakt.<sup>662</sup> Ebenso, wie die Schiedsgerichtsbarkeit funktional mit der staatlichen Gerichtsbarkeit vergleichbar ist,<sup>663</sup> ist daher auch die mittelbar faktische Einwirkung eines Schiedsspruchs auf die Rechtsposition des Dritten in ihrer Bedeutung am ehesten mit der eines staatlichen Gerichtsurteils vergleichbar. Und im Bereich staatlicher Zivilprozesse ist die Privatautonomie der Prozessparteien durch Gewähr der Nebenintervention nun mal immerhin ein kleines Stück zugunsten des Rechtsschutzinteresses des Dritten eingeschränkt. Es ist daher jedenfalls *positiv zu begründen*, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens Dritte von der auf ihre Rechtsposition vergleichbar einwirkenden Streitbeilegung ausschließen können sollen – was übergangen wird, wenn der Ausschluss des Dritten als selbstverständliche Folge der privatautonomen Fundierung der Schiedsgerichtsbarkeit dargestellt wird<sup>664</sup>.

<sup>661</sup> S. dazu oben § 41. (S. 136).

<sup>662</sup> S. dazu oben § 2 II. 2. (S. 39 ff.).

<sup>663</sup> S. dazu oben § 41. 2. b) aa) (1) (S. 144 ff.).

<sup>664</sup> So aber einige Stimmen der herrschenden Auffassung: *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92 (die Nebenintervention sei ein „unmittelbarer Eingriff in das nur zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens bestehende Prozessrechtsverhältnis“); *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 618; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 290 f.; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 460; Schütze/Tscherning/Wais/Wais, Rn. 364 („sie brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß Dritte an ihrem Schiedsverfahren teilnehmen“).



Zur Begründung ist an die obigen Gedanken anzuknüpfen: Die Ausschluss-Dimension der Privatautonomie prägt auch die Streitbeilegung. Und der der Ausschluss-Dimension kann je nach Anwendungsfeld unterschiedlich starkes Gewicht beizumessen sein. Es spricht vor diesem Hintergrund viel dafür, die Ausschluss-Dimension mit höherem Gewicht in die Abwägung über das Interventionsrecht des Dritten einzustellen<sup>665</sup>, da das Schiedsverfahren in besonderem Maß auf der Privatautonomie fußt.<sup>666</sup> Insofern ist den Stimmen der herrschenden Auffassung beizupflichten, denen dieses Verständnis implizit zugrunde liegt.

*b) Das gerade im Schiedsverfahren nur äußerst schwach zu gewichtende proaktive Rechtsschutzinteresse des Dritten*

Ein Schiedsspruch kann zudem nur im oben herausgearbeiteten Sinn mittelbar *faktisch*<sup>667</sup> auf die Rechtsstellung des Dritten einwirken, denn die Konstellationen der streitgenössischen Nebenintervention<sup>668</sup> – etwa Gestaltungsclagen wie Beschlussmängelstreitigkeiten – sind nur schiedsfähig, wenn der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung ist.<sup>669</sup> Dies ist Ausdruck der bereits angetroffenen Wertung, dass eine *unmittelbare Schiedspflicht* nach §§ 1029 Abs. 1, 1032 Abs. 1 ZPO eine privatautonome Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit voraussetzt.<sup>670</sup>

Dass nur die Fälle der einfachen Nebenintervention relevant sind, ist von Bedeutung für die Abwägung: Zum einen gebietet das rechtliche Gehör des Dritten in diesen Fällen keinen Verfahrensbeitritt<sup>671</sup>. Zum anderen ist in die Abwägung nur der

<sup>665</sup> S. zur abwägungslenkenden Funktion von Rechtsprinzipien im Rahmen der rechtsfortbildend vorzunehmenden Interessenabwägung oben § 2 III. 2. (S. 49 ff.) und § 2 III. 3. (S. 51 f.).

<sup>666</sup> S. zur besonderen Bedeutung der Privatautonomie für das Schiedsverfahren *Böckstiegel/Kröll/Nacimiento*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, General Overview Rn. 36; *Zöller/Geimer*, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 3; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 3; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 88 ff.; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 113 f.; *Schenk*, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 7 ff.; *Salger/Trittmann/Trittmann/Salger/Eschen*, § 1 Rn. 6; *Spohnheimer*, Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkennnis des Schiedsspruchs, 2010, S. 71. Aus der internationalen Literatur statt vieler *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 255.

<sup>667</sup> S. dazu oben § 3 III. 1. (S. 108 ff.).

<sup>668</sup> S. zu dieser im staatlichen Zivilprozess oben § 3 III. 2. c) bb) (S. 117 ff.).

<sup>669</sup> Grundlegend BGHZ 180, 221, 224 ff. – Schiedsfähigkeit II.

<sup>670</sup> S. statt vieler *Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber*, Art. 92 Rn. 91; *Zöller/Geimer*, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 4; *Gottwald*, FS Geimer II, 2017, S. 131, 132; *Schenk*, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 20 f.; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1032 Rn. 17; im Kontext der Kompetenz-Kompetenz *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 1992, S. 56 f.

<sup>671</sup> S. dazu zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 III. 2. d) (S. 119 ff.) sowie zum Schiedsverfahren *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 457.

*äußerst schwache* Schutz des proaktiven Rechtsschutzinteresses des Dritten einzustellen.

Die Analyse zum staatlichen Zivilprozess hatte insoweit gezeigt, dass das proaktive Rechtsschutzinteresse des Dritten nahezu vollständig ausgeschlossen ist, vor allem weil die Wirksamkeit von Prozesshandlungen des Dritten vom Willen der Hauptpartei abhängig sind und die Hauptpartei einer Prozessführung des Dritten in der Regel pauschal ablehnend gegenübersteht wird.<sup>672</sup>

*c) Auswirkung auf die Interessenabwägung: Der zulässige, konkludente Ausschluss der eigeninitiativen Intervention des Dritten*

Berücksichtigt man demnach in der vorzunehmenden Abwägung,

- 1) dass das Rechtsschutzinteresse des Dritten bereits im deutschen staatlichen Zivilprozess kaum mehr als auf dem Papier geschützt ist,
- 2) dass der Privatautonomie auch im Bereich der Streitbeilegung ein Dritte ausschließender Gehalt zukommt und die Rechtsordnung dafür offen ist, dieser Ausschluss-Dimension unterschiedlich starkes Gewicht beizumessen, sowie
- 3) dass der Ausschluss-Dimension der Privatautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit ein höheres Gewicht zukommt, da diese in besonderem Maß auf der Privatautonomie fußt,

dann erscheint es folgerichtig, dass die Privatautonomie der Schiedsparteien in ihrer Funktion als abwägungslenkende Vorgabe nun endgültig den Ausschlag dafür gibt, ihrem Interesse an einer Verfahrensführung unter Ausschluss des Dritten den Vorzug zu geben. Die Interessenabwägung ist somit dahin vorzunehmen, dass es den Schiedsparteien *möglich ist*, eine eigenwillige Intervention des Dritten in ihr Schiedsverfahren auszuschließen. Die eigenwillige Intervention des Dritten widerspricht zudem typischerweise sowohl den Interessen des Verfahrensgegners als auch denen der Hauptpartei.<sup>673</sup> Die Interessen der Schiedsparteien *zielen somit typischerweise gleichgerichtet auf den Ausschluss des Dritten* von ihrem Verfahren ab. Dies ist ein gegenüber der Interessenlage bei der streitverkündungsbedingten Intervention entscheidender Unterschied. Dem Abschluss der Schiedsvereinbarung kann daher der konkludente Erklärungsgehalt entnommen werden, eine eigeninitiativen Intervention des Dritten auszuschließen. Da das Ermessen des Schiedsgerichts dem Parteiwillen untergeordnet ist (vgl. § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO), kann schließlich auch nicht das Schiedsgericht ohne bzw. gegen den Willen der Parteien eine Intervention des Dritten zulassen.<sup>674</sup>

<sup>672</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.).

<sup>673</sup> S. dazu oben § 4 I. 4. (S. 158 f.).

<sup>674</sup> Nahezu allgemeine Auffassung, s. statt vieler *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92; *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 85; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 1378; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 460 ff.; *Stein/Jonas/Schlösser*, § 1042 Rn. 27; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 44; *Zerhusen*, FS Thode, 2005, S. 355, 360; a. A. nur *Markfort*, Mehrpar-

Der herrschenden Meinung ist mithin darin beizupflichten, dass der Dritte nicht auf eigene Initiative und unabhängig vom Willen der Schiedsparteien einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO beitreten kann; eine eigeninitiative Nebenintervention ist im Schiedsverfahren *wertungsmäßig* nicht geboten. Die Nebenintervention des Dritten wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit daher nur noch in den Blick genommen, soweit sie auf einer Streitverkündung beruht.

## II. Allgemeiner Justizgewähranspruch

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt in Verbindung mit den Grundrechten ein allgemeiner Justizgewähranspruch, der dem Einzelnen (auch) für zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten effektiven Rechtsschutz gewährleisten soll.<sup>675</sup> Der Justizgewähranspruch umfasst hierzu nach herrschendem Verständnis unter anderem ein Recht auf Zugang zu (unabhängigen) *deutschen staatlichen Gerichten*.<sup>676</sup> Es dürfe „niemand gegen seinen Willen dem staatlichen Rechtsschutzsystem entzogen werden“<sup>677</sup>. Dem Streitverkündungsempfänger wird dieser Zugang jedoch entzogen, soweit die Streitverkündungswirkung den ihm gewährten Rechtsschutz auf den arbitralen Primärprozess vorverlagert. Die mittelbare Schiedspflicht einer Streitverkündung im Schiedsverfahren würde den Justizgewähranspruch des Dritten somit beschränken. Lässt sich diese Beschränkung seines Justizgewähranspruchs rechtfertigen<sup>678</sup>?

---

teien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 66; *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 259 ff.

<sup>675</sup> S. statt vieler BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 35 – *Pechstein*; BVerfGE 54, 277, 291; BVerfGE 85, 337, 345; BVerfGE 88, 118 Rn. 20; BVerfG NJW-RR 2010, 1474 Rn. 18; BGHZ 210, 292 – *Pechstein*; *Detterbeck*, AcP 192 (1992), 325, 328; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 Rn. 135; *Jarass/Pierothe/Jarass*, Art. 20 Rn. 128; *Maurer*, FS H. Bethge, 2010, S. 535, 541 ff.; *Papier*, HStR, 3. Aufl., 2010, § 176 Rn. 12; *Uhle*, HGR, 2013, § 129 Rn. 28.

<sup>676</sup> S. statt vieler BGHZ 144, 146, 148 – *Körbuch*; BGHZ 210, 292, 302 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 Rn. 135; *Jarass/Pierothe/Jarass*, Art. 20 Rn. 130a; *Papier*, HStR, 3. Aufl., 2010, § 176 Rn. 12; *Uhle*, HGR, 2013, § 129 Rn. 29.

<sup>677</sup> S. etwa *Zöller/Geimer*, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 Rn. 4; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 114; im Ergebnis auch *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 292.

<sup>678</sup> Die herrschende Auffassung verneint dies, explizit etwa BGH ZZZ 79 (1966), 121; *F. Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 2005, S. 292. Auch die zahlreichen Stimmen, die durch eine Streitverkündung im Schiedsverfahren ohne Zustimmung des Dritten die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt sehen, adressieren damit in der Sache den Justizgewähranspruch – s. dazu unten § 4 VI. 1. (S. 192 ff.).

## **1. Konsequenz des wertenden Vergleichs: Der prinzipiell zulässige Entzug (deutschen) staatlichen Rechtsschutzes zulasten des Streitverkündungsempfängers**

Der Justizgewähranspruch wird allgemein für beschränkbar erachtet.<sup>679</sup> Der landläufige Ausspruch, niemand dürfe gegen seinen Willen den deutschen staatlichen Gerichten entzogen werden, ist demnach zu pauschal. Nicht immer verlangt die Rechtsordnung, dass der Entzug deutschen oder staatlichen Rechtsschutzes auf einer privatautonomen Disposition des Betroffenen beruht. Die Anerkennung zivilprozessualer Streitverkündungswirkungen aufgrund des § 328 Abs. 1 ZPO und der Art. 65 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 EuGVVO; Art. II Abs. 3 Satz 2 des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ 2007<sup>680</sup> verdeutlicht dies und ist zudem für die hier aufgeworfene Frage maßgebend: Soweit es darum geht, ob der Dritte durch die Streitverkündungswirkung (deutschen) staatlichen Gerichten prinzipiell ohne seine Zustimmung oder Bindung an die Schiedsvereinbarung entzogen werden darf, ist diese Frage aufgrund des oben angestellten wertenden Vergleichs<sup>681</sup> zur Last des Streitverkündungsempfängers im Bereich ausländischer Zivilprozesse konsequenterweise zu bejahen und sein Justizgewähranspruch gleichermaßen einzuschränken wie seine Privatautonomie. Denn der Gehalt von Privatautonomie und Justizgewähranspruch überlagern sich insoweit.

## **2. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes**

Wie im Folgenden zu zeigen ist, enthält der Justizgewähranspruch jedoch mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes einen Gedanken, der neben den Gehalt der Privatautonomie tritt:

### *a) Die ratio decidendi im Fall Pechstein*

Anschaulich wird das Verhältnis von Privatautonomie und Justizgewähranspruch im Zusammenhang mit der Kognition von Schiedsgerichten im berühmten Fall „Pechstein“ aus dem Bereich der Sportschiedsgerichtsbarkeit.

*Claudia Pechstein*, eine erfolgreiche Eisschnellläuferin, unterzeichnete im Vorfeld der Eisschnelllauf-Weltmeisterschaften in Hamar (Norwegen) im Jahr 2009 eine Schiedsvereinbarung, die für Streitigkeiten mit den veranstaltenden Sportverbänden den Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne für ausschließlich zuständig erklärt. Im Nachgang an den Wettkampf warfen die Sportverbände *Pechstein* vor, gedopt zu haben, und verhängten gegen sie in

<sup>679</sup> BVerfGE 88, 118 Rn. 21; BVerfGE 116, 135 Rn. 67 ff. (spezifisch zur Zulässigkeit der Beschränkung des Justizgewähranspruchs aufgrund kollidierender Individualinteressen der Gegenseite); BGHZ 200, 145, 148 f.; Dürig/Herzog/Scholz/*Grzeszick*, Art. 20 Rn. 136 ff.; Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 20 Rn. 130.

<sup>680</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. a) aa) (S. 141 ff.).

<sup>681</sup> Oben § 4 I. 2. b) (S. 144 ff.).

der Folge eine zweijährige Wettkampfsperre sowie weitere disziplinarische Maßnahmen. Ihre hiergegen erhobene Berufung zum CAS wurde weitgehend zurückgewiesen. *Pechstein* klagte daraufhin unter anderem vor deutschen Zivilgerichten, um die Rechtswidrigkeit der Doping-sperre feststellen zu lassen und eine Verurteilung der veranstaltenden Verbände zu Schadensersatz sowie Schmerzensgeld zu erreichen. Zentral stellte sich in dem Verfahren die Frage, ob die Schiedsvereinbarung den Rechtsweg zu den deutschen staatlichen Gerichten ausschließt oder aber aufgrund § 19 GWB (a.F.) wegen der den Vertragsschluss bestimmenden marktbeherrschenden Stellung der Sportverbände unwirksam ist.

Im Ausgangspunkt einig, stellen das Bundesverfassungsgericht<sup>682</sup> wie der Bundesgerichtshof<sup>683</sup> heraus, dass die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung auf Basis von § 19 GWB a.F. durch Abwägung zu ermitteln ist: Auf Wertungsebene des Justizgewähranspruchs und der Privatautonomie von *Pechstein* mit der Verbandsautonomie der Veranstalter.<sup>684</sup> Beide halten eine Beschränkung des Justizgewähranspruchs also sogar hinsichtlich einer unmittelbaren schiedsklageweisen Einlassung für möglich.

Die Frage, ob *Pechstein* *prinzipiell* wirksam auf den Zugang zu staatlichen Gerichten verzichtet hat, beantwortet der Bundesgerichtshof dabei spezifisch mit dem Gehalt der Privatautonomie. Denn er misst den Verzicht daran, ob *Pechstein* im Hinblick auf den Abschluss der Schiedsvereinbarung tatsächliche Wahlfreiheit zukam und demzufolge der damit verbundene Verlust staatlichen Rechtsschutzes *selbstbestimmt* war.<sup>685</sup> Auf dieser Basis stellte der Bundesgerichtshof fest, dass *Pechstein* die Schiedsvereinbarung zwar – im natürlichen Sinn<sup>686</sup> – freiwillig unterzeichnet hat, ihr Abschluss aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Sportverbände gleichwohl *fremdbestimmt* war.<sup>687</sup> Sie sei einem „Zwang zur Schiedsgerichtsbarkeit“<sup>688</sup> ausgesetzt gewesen. Dies nahm der Bundesgerichtshof jedoch nicht kategorisch zum Anlass, die Schiedsvereinbarung für unwirksam zu erklären: Er wog gegen die Beeinträchtigung der Privatautonomie von *Pechstein* die Verbandsautonomie der Veranstalter und das Interesse an einer einheitlichen Anwendung und Durchsetzung der sportlichen Regelwerke sowie an der Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts ab und erklärte letztere für

---

<sup>682</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 ff.

<sup>683</sup> BGHZ 210, 292 ff.

<sup>684</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 34.

<sup>685</sup> BGHZ 210, 292 Rn. 55.

<sup>686</sup> Das bedeutet nach BGHZ 210, 292 Rn. 54: frei von physischer oder psychischer Gewalt, ohne Täuschung, und im Bewusstsein über die Bedeutung der Schiedsklausel.

<sup>687</sup> BGHZ 210, 292 Rn. 55; so allgemein zum Leistungssport und der Schiedsbindung *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders, 2018, S. 253 ff.; *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen im Berufssport, 2020, S. 33 ff.; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73, 79; *Lukomski*, ISLJ 13 (2013), 60, 66 ff.; *Jung*, ZEuS 2014, 173, 205.

<sup>688</sup> BGHZ 210, 292 Rn. 59.

schützenswerter.<sup>689</sup> Das aufhebende Urteil des Bundesverfassungsgerichts erachtete die Schiedsklausel hingegen für unwirksam und begründete dies spezifisch mit dem Gehalt des Justizgewähranspruchs: Das Schiedsverfahren müsse effektiven Rechtsschutz gewährleisten.<sup>690</sup> Dieser vom Bundesgerichtshof nicht mit „vollem Gewicht“ in die Abwägung eingestellte Gehalt<sup>691</sup> führe zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung. Denn das Verfahren vor dem CAS sei nicht öffentlich und beschränke *Pechstein* damit sowohl in ihren Rechten aus Art. 6 Abs. 1 EMRK<sup>692</sup> als auch in ihrem Justizgewähranspruch, „dessen Maßstab [sich] mit den Anforderungen aus Art. 6 [Abs. 1] EMRK und der Rechtsprechung des EGMR deckt“<sup>693</sup>.

*b) Effektiver Rechtsschutz als übergeordnetes Kriterium zur Beurteilung der Zumutbarkeit der (abstrakten) Verfahrensgestaltung*

Der im Kontext der Privatautonomie entwickelte Vorbehalt<sup>694</sup> – dass eine arbiträre Streitverkündung (nur) wirksam sein kann, wenn sie unter den Vorbehalt gestellt wird, dass der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet – *entstammt* somit näher besehen *spezifisch dem Gehalt des Justizgewähranspruchs*. In der Sache ändern die vorstehenden Überlegungen jedoch nichts: Wird die Wirksamkeit einer arbiträren Streitverkündung unter diesen Vorbehalt gestellt, erscheint eine Beschränkung des Justizgewähranspruchs gleichermaßen gerechtfertigt. Dem Vorbehalt kommt große praktische Bedeutung zu. Es wird daher in einem eigenen Abschnitt untersucht, ob in der Schiedspraxis verbreitete Verfahrensgestaltungen – wie etwa eine Dokumentenvorlage (*document production*), ein Zeugen- und Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Vorbild oder ein beschleunigtes Verfahren (*expedited procedure*) – den Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung begründen.<sup>695</sup>

### 3. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK; 47 Abs. 1, 2 GRCh

Damit ist schließlich ein Blick darauf zu werfen, ob eine unfreiwillige arbiträre Streitverkündungswirkung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK; 47 Abs. 1, 2 GRCh als Schwestergarantien zum Justizgewähranspruch bzw. dem Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbart werden kann.

<sup>689</sup> BGHZ 210, 292 Rn. 59. Auch die herrschende Literatur zum Sportrecht lässt eine Beschränkung der Privatautonomie sowie gleichlaufend des Justizgewähranspruchs am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine umfassende Interessenabwägung zu (s. etwa *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73, 79 f.; *Lukomski*, ISLJ 13 (2013), 60, 69; *Jung*, ZEuS 2014, 173, 205).

<sup>690</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 36.

<sup>691</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 42.

<sup>692</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 49.

<sup>693</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 46.

<sup>694</sup> Oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.).

<sup>695</sup> Unten § 5 II. (S. 240 ff.).

Ausgangspunkt ist für Art. 6 Abs. 1 EMRK, dass eine gesetzlich angeordnete Schiedsgerichtsbarkeit – zu der eine Streitverkündungswirkung als rechtliches *minus* erscheint – nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR zulässig ist, wenn das konkrete Schiedsverfahren die in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Garantien erfüllt<sup>696</sup> bzw. mögliche Einschränkungen verhältnismäßig sind<sup>697</sup>. Es kann dann auch ein Schiedsgericht ein Gericht im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK sein.<sup>698</sup> Zu Art. 47 Abs. 1, 2 GRCh hat der EuGH zwar noch nicht vergleichbar geurteilt. Als geistige Tochtervorschrift<sup>699</sup> sollte für Art. 47 GRCh jedoch nichts anderes gelten.

Ein faires Verfahren und eine angemessene Verfahrensdauer kann auch ein Schiedsverfahren ohne Weiteres gewährleisten. Zudem spricht viel dafür, dass ein Schiedsgericht durch das gesetzliche Fundament der §§ 1025 ff. ZPO ein „auf Gesetz beruhende[s]“ (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) bzw. „zuvor durch Gesetz errichtet[es]“ (Art. 47 Abs. 2 GRCh) Gericht darstellt. Denn Voraussetzung ist hierfür, dass das Gericht eine gesetzliche Grundlage besitzt und somit nicht als Ausnahmegericht – dessen Ausschluss ist der Zweck dieses Merkmals – erst für die einzelne Streitigkeit errichtet wurde.<sup>700</sup> Dies erfüllen Schiedsgerichte nach §§ 1025 ZPO, denn sie sind in ihrem rechtsprechenden Rahmen durch die betreffenden Vorschriften bereits abstrakt errichtet. Unerheblich ist vor diesem Hintergrund, dass die Kognition des arbitralen Primärgerichts auf einer privatautonomen Vereinbarung der Parteien beruht<sup>701</sup> – es wird dadurch nicht etwa ein „durch die Parteien“

<sup>696</sup> EGMR BeckRS 2018, 23523 Rn. 95 – *Mutu/Pechstein v. Schweiz*; EGMR v. 28. Oktober 2010 – 1643/06 Rn. 49 – *Suda v. Tschechische Republik*; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 33; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73, 79 f.

<sup>697</sup> EGMR BeckRS 1986, 112274 Rn. 194 – *Lithgow v. Vereinigtes Königreich*: „It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or such an extent that the very essence of the right is impaired.“; *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 31. August 2022 (go.www.de/b0twp), Rn. 134 ff. m. w. N. zur Rechtsprechung; *Jung*, ZEuS 2014, 173, 205; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73, 80.

<sup>698</sup> EGMR BeckRS 2018, 23523 Rn. 94 – *Mutu/Pechstein v. Schweiz*; EGMR v. 28. Oktober 2010 – 1643/06 Rn. 48 – *Suda v. Tschechische Republik*; EGMR BeckRS 1986, 112274 Rn. 201 – *Lithgow v. Vereinigtes Königreich*; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 33; *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen im Berufssport, 2020, S. 83 f.; *Jung*, ZEuS 2014, 173, 176.

<sup>699</sup> Art. 47 GRCh hat seinen Ursprung in Art. 13, 6 Abs. 1 EMRK (Charta-Erläuterungen, ABIEU Nr. C 303 v. 14. Dezember 2007, S. 29; *Jarass*, NJW 2011, 1393, 1393 f.) und der EuGH hatte bereits vor Inkrafttreten der GRCh einen entsprechenden Rechtsgrundsatz aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedsstaaten entnommen (EuGH Rs. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206 – *Johnston*, Rn. 18).

<sup>700</sup> S. zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 31; *Jung*, ZEuS 2014, 173, 177. Zu Art. 47 Abs. 2 GRCh *Calliess/Ruffert/Blancke*, Art. 47 GRCh Rn. 9; *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 47 Rn. 23.

<sup>701</sup> Wie hier etwa *Jung*, ZEuS 2014, 173, 178; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 73, 74 ff.; wohl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 31 ff.



errichtetes Gericht<sup>702</sup>. Problematisch erscheint hingegen *prima facie*, dass Verfahren vor Schiedsgerichten in aller Regel nicht öffentlich geführt werden. Zudem erscheint die Neutralität des Spruchkörpers, der in der Schiedsgerichtsbarkeit typischerweise von den Parteien *ad personam* gewählt wird, gegenüber dem Dritten konzeptionell gefährdet. Diesen Bedenken ist im Rahmen der Untersuchung zu den jeweiligen Garantien nachzugehen.<sup>703</sup>

### III. Der beschränkte Instanzenzug nach § 1059 ZPO

Wird dem Dritten im deutschen staatlichen Zivilprozess der Streit verkündet, steht ihm potenziell der gesamte zivilprozessuale Instanzenzug zur Verfügung, um die Richtigkeit der Entscheidung im Primärprozess überprüfen zu lassen: Im Primärprozess kann er den Instanzenzug im Rahmen seiner akzessorischen Prozessführungsbefugnis nach §§ 67 Satz 1 Hs. 2, 66 Abs. 2 ZPO selbst beschreiten. Und er muss dies grundsätzlich auch, wenn er die Richtigkeit der getroffenen Feststellungen überprüfen lassen möchte. Denn hatte er dazu Gelegenheit, schneidet ihm die Streitverkündungswirkung den Instanzenzug hinsichtlich der betroffenen Feststellungen im Sekundärprozess grundsätzlich ab (vgl. § 68 Hs. 1; Hs. 2 Var. 2 ZPO). Insbesondere wenn die Hauptpartei der Einlegung des Rechtsmittels durch den Streithelfer gemäß § 67 Satz 1 Hs. 2 ZPO widerspricht und ihn also am Instanzenzug hindert, *kann*<sup>704</sup> die Bindungswirkung jedoch entfallen und als Konsequenz für die betroffenen Feststellungen den Instanzenzug im Sekundärprozess eröffnen. Kurzum: Der Streitverkündungsempfänger hat im staatlichen Zivilprozess grundsätzlich die Möglichkeit, die Richtigkeit der ihn bindenden Feststellungen überprüfen zu lassen. Und das umfassend. Denn auch wenn die Berufung keine vollständige zweite Tatsacheninstanz eröffnet und mit der Revision grundsätzlich nur abstrakte Rechtsfragen kontrollfähig sind,<sup>705</sup> eröffnet der zivilprozessuale Instanzenzug doch eine weitgehende Richtigkeitskontrolle.

Erfolgt die Streitverkündung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO, steht dem Dritten im Rahmen seiner akzessorischen Prozessführungsbefugnis demgegenüber nur die Aufhebungsklage nach § 1059 Abs. 1 ZPO (sowie die nur darauf „gesetzte“ Rechtsbeschwerde nach § 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO) zur Verfügung. Der Rechtsmittelzug ist also von vornherein auf eine Instanz beschränkt und ermöglicht

<sup>702</sup> So aber teilweise vertreten, s. zum CAS etwa *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen im Berufssport, 2020, S. 87 ff. m. w. N.

<sup>703</sup> Zum Öffentlichkeitsgrundsatz unten § 4 V. 3. (S. 189 ff.) sowie zur Neutralitätsgewähr unten § 4 VI. (S. 191 ff.).

<sup>704</sup> Allein der Umstand, dass die Hauptpartei den Instanzenzug verkürzt hat, führt noch nicht zum Entfall der Streitverkündungswirkung. S. näher unten § 4 III. 2. c) aa) (S. 172).

<sup>705</sup> S. statt vieler BGH NJW 2004, 3413, 3415; MüKo-ZPO/Krüger, § 559 Rn. 9; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 187 f., 234 ff.; *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 11.



aufgrund des Verbots der *révision au fond*<sup>706</sup> nach § 1059 Abs. 2 ZPO nur eine begrenzte Kontrolle des Schiedsspruchs: Die „einfache“ inhaltliche Unrichtigkeit kann gerade nicht überprüft werden – sondern nur eine besonders gravierende Unrichtigkeit, die sich in einem der enumerierten Aufhebungsgründe niederschlägt. Zwar wird dadurch die materielle Rechtsstellung des Streitverkündeten abstrakt betrachtet – d. h. im Mittel – nicht negativ beeinflusst. Denn die Beschränkung des Kontrollumfangs gilt auch für den Verfahrensgegner, ermöglicht also im selben Maß eine unrichtige Entscheidung zugunsten der Hauptpartei sowie des Dritten. Wohl aber erhöht sich – positiv wie negativ – das Risiko einer unrichtigen Entscheidung sowie die Amplitude der möglichen Unrichtigkeit<sup>707</sup>. Soll die Hauptpartei dem Dritten dieses spezifische „Schiedsrisiko“<sup>708</sup> ohne dessen Zustimmung auferlegen können?

### 1. Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren)

Die Verkürzung des Instanzenzugs kann dem Dritten ohne Weiteres zugemutet werden, wenn er mit der Hauptpartei für den Sekundärprozess eine Schiedsabrede getroffen hat (Konstellation II) und ihm dort daher ebenfalls nur die Aufhebungsklage nach § 1059 Abs. 1 ZPO oder ein vergleichbarer Kontrollumfang<sup>709</sup> zusteht. Denn der Dritte hat dann selbst dahin disponiert, den Instanzenzug für *sämtliche* Feststellungen zu dem vom Streitverkündungsgrund betroffenen Rechtsverhältnis mit der Hauptpartei zu beschränken. Der Dritte hat das spezifische „Schiedsrisiko“ des beschränkten Instanzenzugs somit selbst bereits übernommen; die Hauptpartei bürdet ihm mit der Streitverkündung kein zusätzliches Risiko auf.

### 2. Konstellation I (Schiedsverfahren – deutscher Zivilprozess)

Findet der Sekundärprozess als staatlicher Zivilprozess statt (Konstellation I), hat der Streitverkündungsempfänger das spezifische „Schiedsrisiko“ des beschränkten Instanzenzugs jedoch nicht privatautonom übernommen.

#### *a) Gemessen am Gebot effektiven Rechtsschutzes*

Ein streitverkündungsbedingter Verlust des Instanzenzugs könnte daher zunächst das Gebot effektiven Rechtsschutzes verletzen. Denn von effektivem Rechtsschutz lässt sich nur sprechen, wenn die Richtigkeit der Entscheidung zu

<sup>706</sup> S. zu Ausnahmen von dem Verbot der *révision au fond*, die der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit eröffnet hat, aber noch unten § 4 III. 2. c) bb) (S. 173).

<sup>707</sup> D. h., wie weit die Entscheidung von der – idealen – Richtigkeit tatsächlich entfernt ist.

<sup>708</sup> Begriff nach *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 11.

<sup>709</sup> Dies betrifft, da § 1059 ZPO auf Art. 34 UNCITRAL-MG beruht, jedenfalls alle Schiedsgesetze, die insoweit das UNCITRAL-MG umgesetzt haben.

einem gewissen Grad gewährt ist. Es ließe sich daher argumentieren, dass der durch die Streitverkündungswirkung auf den arbitralen Primärprozess vorverlagerte Rechtsschutz weniger wirkungsvoll wird, wenn die Richtigkeitsgewähr infolge der Beschränkung des Instanzenzugs herabgesetzt wird.

Nach allgemeiner Auffassung ist ein Instanzenzug jedoch kein essenzieller Bestandteil effektiven Rechtsschutzes.<sup>710</sup> Für effektiven Rechtsschutz notwendig aber zugleich ausreichend sei die „grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung“<sup>711</sup>. Der maßgebliche Gedanke hierfür ist: Nur dadurch, dass die Rechtslage nicht endlos überprüft werden kann, sondern irgendwann „Schluss ist“, wird Rechtsschutz effektiv.<sup>712</sup> Die Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, ist effektivem Rechtsschutz daher inhärent. Die Beschränkung auf eine Instanz rechtfertigt sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts durch die vorhandenen verfassungsrechtlichen Vorkehrungen: Vor allem die Garantie unabhängiger Richter nach Art. 97 Abs. 1 GG, der Neutralität des Spruchkörpers nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie das Gebot rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG würden gewährleisten, dass sich das Gericht bei der Rechtsfindung allein am Recht orientiert und das Recht dadurch möglichst willkür- und fehlerfrei gefunden wird.<sup>713</sup>

Rechtsschutz bereits nach einer Instanz verfassungsrechtlich als effektiv anzusehen, rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund grundsätzlich auch für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO. Denn der Rechtsschutz *erster Instanz* ist vor Schiedsgerichten an diesem verfassungsrechtlichen Maßstab gemessen nicht konzeptionell weniger effektiv als vor deutschen staatlichen Gerichten.<sup>714</sup> Die Gefahr, dass dem Dritten aufgrund der Ausgestaltung des konkreten Schiedsverfahrens kein effektiver Rechtsschutz zukommt, steht dieser Beurteilung nicht entgegen: Der Gefahr ist durch den bereits aufgeworfenen Vorbehalt entgegenzutreten, dass die Streitverkündungswirkung nur eintreten kann, wenn dem Dritten der verfahrensmäßige Rahmen des primären Schiedsverfahrens zugemutet werden kann.

#### *b) Gemessen am Anspruch auf rechtliches Gehör*

Auch hat der teilweise Verlust des Instanzenzugs nicht zur Folge, dass das rechtliche Gehör des Dritten beschränkt wird. Denn rechtliches Gehör ist – im

<sup>710</sup> S. statt vieler BVerfGE 4, 74, 95; BVerfGE 11, 232, 233; BVerfGE 28, 21 Rn. 42; BVerfGE 54, 277 Rn. 48; BVerfGE 89, 381 Rn. 27; BVerfGE 107, 395 Rn. 18 ff.; BVerfGE 136, 382 Rn. 32; Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 Rn. 137; *Papier*, HStR, 3. Aufl., 2010, § 176 Rn. 8.

<sup>711</sup> BVerfGE 54, 277 Rn. 47; BVerfGE 85, 337, 345; in der Sache auch BVerfGE 107, 395 Rn. 18 ff.

<sup>712</sup> *Maurer*, FS H. Bethge, 2010, S. 535, 545.

<sup>713</sup> S. nur den Plenarbeschluss BVerfGE 107, 395 Rn. 20.

<sup>714</sup> S. dazu schon oben § 4 I. 2. b) aa) (1) (S. 144 ff.).

staatlichen Verfahren wie im Schiedsverfahren<sup>715</sup> – gewährt, wenn sich der Rechtsschutzsuchende im Verfahren äußern kann und das Gericht die Äußerung im Rahmen der Entscheidungsfindung ernsthaft berücksichtigt.<sup>716</sup> Dies kann in erster Instanz erfüllt werden. Einen Anspruch auf eine Kontrollinstanz beinhaltet das rechtliche Gehör daher nach allgemeiner Auffassung nicht.<sup>717</sup>

Art. 103 Abs. 1 GG verlangt lediglich nach einer Kontrollmöglichkeit, um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend zu machen.<sup>718</sup> Der Rechtsschutz *wegen* der Verletzung des rechtlichen Gehörs wird jedoch auch bei einer Streitverkündung im Schiedsverfahren nicht beschränkt: Im Primärverfahren kann der Dritte die Verletzung des rechtlichen Gehörs *der Hauptpartei* nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) Alt. 2 ZPO sowie im Rahmen des verfahrensrechtlichen *orde public* nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO geltend machen.<sup>719</sup> Im Sekundärprozess steht dem Dritten wegen der Verletzung *eigenen* Gehörs umfassend eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu.<sup>720</sup>

### *c) Gemessen an der Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung*

Allerdings lässt sich allein aus dem Vorstehenden noch nicht schlussfolgern, dass dem Streitverkündungsempfänger die weitgehende Verkürzung des Instanzenzugs ohne seine Zustimmung auferlegt werden kann. Denn mit der Ausgestaltung des zivilprozessualen Instanzenzuges hat der Gesetzgeber eine Wertungsentscheidung darüber getroffen, in welchem Umfang dem Einzelnen in zivilrechtlichen Streitigkeiten eine Richtigkeitskontrolle zustehen und also das entsprechende Interesse an einer richtigen Entscheidung geschützt werden soll.<sup>721</sup> Soll dieses Interesse durch die Beschränkung auf die Aufhebungsklage nach § 1059 ZPO weniger Schutz erfahren, müssen sich hierfür rechtfertigende Gründe finden lassen – Gründe, die auf eine Wertungsentscheidung dahingehend schließen lassen, dass *die Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung* gegenüber dem Dritten infolge einer Streit-

<sup>715</sup> S. zur Geltung des Maßstabs nach Art. 103 Abs. 1 GG im Schiedsverfahren noch unten § 4 IV. (S. 174 f.) m. w. N.

<sup>716</sup> BVerfGE 11, 218, 220; BVerfGE 83, 24, 35; BVerfG BeckRS 2017, 101033 Rn. 14; Jarass/Pieroth/*Kment*, Art. 103 Rn. 1; BeckOK-GG/*Radtke*, Art. 103 Rn. 11 ff.; Dürig/Herzog/Scholz/*Remmert*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 62.

<sup>717</sup> S. statt vieler BVerfGE 42, 243 Rn. 12 f.; BVerfGE 89, 381 Rn. 27; BVerfGE 107, 395, 410 f.; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, Art. 95 Rn. 103.

<sup>718</sup> S. nur den Plenarbeschluss BVerfGE 107, 395, 410 f.

<sup>719</sup> S. statt vieler BGH SchiedsVZ 2005, 259, 260; BGH NJW 2015, 3234 Rn. 30; BGH SchiedsVZ 2016, 339 Rn. 21; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1059 Rn. 52; Wieczorek/Schütze/*Schütze*, § 1059 Rn. 2.

<sup>720</sup> S. dazu unten § 4 IV. (S. 174 f.).

<sup>721</sup> BVerfGE 107, 395 Rn. 16 ff.; BVerfG NJW 1981, 39, 41; *Maurer*, FS H. Bethge, 2010, S. 535, 545.

verkündung und im Hinblick auf die Streitverkündungswirkung entsprechend herabgesetzt werden können soll.

aa) Fälle wirksamer Disposition der Hauptpartei über den Instanzenzug  
zulasten des Dritten

Von vornherein ausgeschlossen erscheint dies jedenfalls nicht. Denn wie bereits aufgeworfen,<sup>722</sup> gibt die Rechtsordnung der Hauptpartei die Streitverkündung in verschiedenen Fällen an die Hand, in denen der zivilprozessuale Instanzenzug verkürzt ist und nimmt dadurch in Kauf, dass die Richtigkeitsgewähr im Hinblick auf die Streitverkündungswirkung entsprechend herabgesetzt wird: So ist die Streitverkündung im Verfahren der neu geschaffenen Abhilfeklage oder der Musterfeststellungsklage (vgl. § 13 Abs. 2 VDuG *ex negativo*) und im Ausgangsrechtsstreit zu einem KapMuG-Verfahren<sup>723</sup> möglich – wodurch der Instanzenzug auf die Revision (§ 16 Abs. 5 bzw. § 42 VDuG) bzw. die Rechtsbeschwerde (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG) beschränkt ist. Den beiden vorgenannten Fällen ist freilich gemein, dass in ihnen der Instanzenzug nicht notwendigerweise durch Disposition der Hauptpartei beschränkt ist (etwa, weil die Hauptpartei im jeweiligen Verfahren beklagt wird).

Es spricht jedoch einiges dafür, dass die Hauptpartei – schon nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers – *zu einem gewissen Grad* auch mit Lastwirkung für den Streitverkündungsempfänger über den Instanzenzug disponieren können soll: So können die Parteien des Primärprozesses den Instanzenzug, wie gesehen, durch erstinstanzliche Wahl eines Commercial Courts (als Senat bei den Oberlandesgerichten oder einem Obersten Landesgericht, § 119b Abs. 2 GVG) effektiv auf eine Instanz beschränken.<sup>724</sup> Zudem können aus der Anerkennung ausländischer Bindungswirkungen (vgl. § 328 Abs. 1 ZPO; Art. 65 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 EuGVVO; Art. II Abs. 3 Satz 2 des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ 2007) möglicherweise Beschränkung im Instanzenzug resultieren.

Schließlich ist in § 68 Hs. 2 ZPO selbst angelegt, dass der Dritte Dispositionen der Hauptpartei über den Instanzenzug hinnehmen muss. Verzichtet die Hauptpartei etwa nach Erlass der Entscheidung im Primärprozess vollständig auf Rechtsmittel, begründet dies *allein* noch keine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung.<sup>725</sup>

<sup>722</sup> Oben § 3 I. 2. d) bb) (S. 87 ff.).

<sup>723</sup> S. zur Zulässigkeit der Streitverkündung in diesem Verfahren (und zur Unzulässigkeit im KapMuG-Verfahren selbst) nur BGH NJW 2017, 3718 Rn. 6; Vorwerk/Wolf/Kotschy, § 11 Rn. 18.

<sup>724</sup> S. dazu etwa Riehm, ZIP 2023, 1561, 1563; Riehm/Q. Thomas, NJW 2022, 1725, 1730; R. Wolff, SchiedsVZ 2023, 209, 211.

<sup>725</sup> Dezidiert Hellwig, CPR Bd. 2, 1907, S. 515 Fn. 109; zudem BeckOK-ZPO/Selle, § 68 Rn. 19; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 147; A. Wach, Handbuch, 1885, Bd. 1, § 57 S. 645; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 176; a.A. Stein/Jacoby, § 68 Rn. 17 (stets). In

Weder wird dadurch das rechtliche Gehör des Dritten oder der Hauptpartei beschränkt. Noch begründet der Verzicht automatisch die Einrede des § 68 Hs. 2 Var. 2 ZPO. Denn dazu muss die Hauptpartei den Primärprozess mangelhaft geführt haben, indem sie auf Rechtsmittel verzichtet hat. Der Dritte muss also darlegen und ggf. beweisen können, dass durch ein Rechtsmittel mit plausibler Möglichkeit<sup>726</sup> eine günstigere Entscheidung hätte herbeigeführt werden können.

bb) Gegen eine wirksame Beschränkung auf die Aufhebungsklage  
nach § 1059 ZPO ohne Zustimmung des Dritten

Doch zeigen die vorstehenden Überlegungen in gleichem Zug, dass dem Dritten der *schiedsbedingte* Verlust des Instanzenzugs nicht zugemutet werden kann. Denn die schiedsbedingte Beschränkung des Instanzenzugs auf die Aufhebungsklage nach § 1059 ZPO geht in ihrem Umfang weit über das hinaus, was dem Dritten in den vorgenannten Vergleichsfällen auferlegt wird: Im historischen Fall der Prorogation eines Amtsgerichts bleibt die Berufung möglich – die damals zudem eine uneingeschränkte zweite Rechts- und Tatsacheninstanz eröffnete (vgl. insbesondere § 487 CPO von 1879). Im Verfahren nach dem KapMuG und der Abhilfe- bzw. Musterfeststellungsklage ist der Verlust des Instanzenzugs von vornherein auf die eng umgrenzten Feststellungen des Musterentscheids (§ 22 Abs. 1 Satz 1 KapMuG) bzw. des Abhilfeurteils (§ 16 VDuG) oder der Feststellungsziele (§ 41 Abs. 1 VDuG) begrenzt. Wird ein Commercial Court erstinstanzlich prorogiert, bleibt mit der Revision eine umfassende Kontrolle auf Rechtsanwendungsfehler möglich. Denn gegen Urteile der Commercial Courts ist eine zulassungsfreie Revision möglich (§ 614 ZPO). Auf die Überindividualität der Rechtsverletzung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO kommt es also nicht an – womit die Revisibilität auf ihren weitestmöglichen Umfang ausgeweitet ist (d. h. die kontrollierte Rechtsfrage nur theoretisch verallgemeinerungsfähig sein muss<sup>727</sup>). Und schließlich kennen auch ausländische Zivilprozesse, deren streitverkündungsähnlichen Bindungswirkungen in Deutschland anerkannt werden, in der Regel einen Instanzenzug, der im Umfang mit dem im deutschen Zivilprozess jedenfalls vergleichbar ist.<sup>728</sup> Demgegenüber ermöglicht die Aufhebungsklage nach § 1059 Abs. 1 ZPO (und die nur noch auf diese „gesetzte“ Rechtsbeschwerde nach § 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO) grundsätzlich keine Nachprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung – sondern aufgrund des Verbots der *révision au fond* nur, „einen Missbrauch der der privaten

---

diesem Zusammenhang ungenau BGH NJW-RR 2022, 404 Rn. 15; BGH NJW 1988, 712, 713.

<sup>726</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) bb) (S. 78) mit Nachweisen in Fn. 254.

<sup>727</sup> S. zum Verhältnis der Zulassungsgründe und der Revisibilität sowie den Grenzen letzterer eingehend *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 214 ff., 236.

<sup>728</sup> S. für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union die Übersicht unter [https://e-justice.europa.eu/18/DE/national\\_ordinary\\_courts](https://e-justice.europa.eu/18/DE/national_ordinary_courts).

Schiedsgerichtsbarkeit zugestandenem Rechtsprechungsbefugnis zu verhindern“<sup>729</sup>. Ausgenommen sind vom Verbot der *révision au fond* nach neuerer Rechtsprechung zwar „elementare Regeln der Rechtsordnung“<sup>730</sup>. Insoweit ist eine volle rechtliche und tatsächliche Nachprüfung eröffnet.<sup>731</sup> Die Richtigkeitskontrolle bleibt aber auch damit in der Gesamtschau deutlich herabgesetzt.

Die aufgefundene Wertungslage kann die mit einer Streitverkündung im Schiedsverfahren verbundene Beschränkung des Instanzenzugs nach alledem nicht rechtfertigen. Das besondere „Schiedsrisiko“ einer unrichtigen Entscheidung kann dem Streitverkündungsempfänger nicht ohne seine Zustimmung auferlegt werden.<sup>732</sup>

#### d) Konsequenz für die Streitverkündungswirkung

Was folgt daraus *wertungsmäßig* für die Streitverkündungswirkung? Intuitiv möchte man folgern, dass eine Streitverkündung in Konstellation I (ohne Zustimmung des Dritten) generell unwirksam sein muss. Wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen, ist ein *genereller* Ausschluss der Streitverkündungswirkung allerdings gar nicht notwendig. Der Dritte muss nur so gestellt werden, wie er stünde, wenn ihm der zivilprozessuale Instanzenzug im primären Schiedsverfahren eröffnet gewesen wäre:

Wie bereits dargelegt,<sup>733</sup> hat eine Beschränkung des Instanzenzugs – sogar ein totaler Rechtsmittelverzicht der Hauptpartei – auch im staatlichen Zivilprozess nicht zur Folge, dass *allein deswegen* die Streitverkündungswirkung entfällt. Der Dritte muss nach § 68 Hs. 2 Var. 2 ZPO zumindest eine plausible Möglichkeit dafür darlegen und ggf. beweisen können, dass durch ein Rechtsmittel eine (für die Hauptpartei) *günstigere Entscheidung* hätte erzielt werden können. Die Bindungswirkung nach § 68 Hs. 1 ZPO beinhaltet somit eine Vermutung zugunsten der Richtigkeit der Entscheidung im Primärprozess, der der Dritte erst entgegengetreten muss. Diese Wertung übertragen, könnte auch einer Streitverkündung im Schiedsverfahren in Konstellation I grundsätzlich uneingeschränkt Bindungswirkung zuerkannt werden. Um dem Dritten den zivilprozessualen Instanzenzug zu erhalten, reicht es aus, ihm eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu eröffnen, soweit der Schiedsspruch in *einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen In-*

<sup>729</sup> OLG München SchiedsVZ 2011, 167, 168; ähnlich Zöller/*Geimer*, § 1059 Rn. 74.

<sup>730</sup> BGH SchiedsVZ 2023, 166 Rn. 15 (bezogen auf §§ 19, 20, 21 GWB). Zur Entscheidung eingehend *Raeschke-Kessler*, SchiedsVZ 2023, 158, 161 f.

<sup>731</sup> Deutlich BGH SchiedsVZ 2023, 166 Rn. 15 unter Verweis auf BGHZ 46, 365, 369 f. – *Schweißbolzen*.

<sup>732</sup> So im Rahmen einer schadensrechtlichen Rekonstruktion der Interventionswirkung auch *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 27.

<sup>733</sup> Oben § 4 III. 2. c) aa) (S. 172).

*stanzenzug* mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre.<sup>734</sup> Für das staatliche Sekundärgericht führt dies zu keiner Verkomplizierung. Denn es muss bei der Beurteilung über die Einreden gegen die Streitverkündungswirkung ohnehin eine hypothetische Betrachtung anstellen<sup>735</sup> und kann dabei den wohlbekannten Beurteilungsmaßstab (d.h. Instanzenzug) anlegen. Für die Hauptpartei hat dies einen praktischen Gewinn zur Folge: Möchte der Dritte der Streitverkündungswirkung bspw. mit dem Einwand entgegentreten, er habe nun einen Zeugen an der Hand, der die Unrichtigkeit der primärgerichtlichen Tatsachenfeststellung begründen könne, dann wird er damit im Sekundärprozess nur gehört – d.h. die Streitverkündungswirkung entfällt nur dann –, wenn er diesen Zeugenbeweis in einem *hypothetischen Berufungsverfahren* gegen den primäre Schiedsspruch hätte führen können. Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, wenn und weil das Beweismittel dem Novenverbot des § 531 Abs. 2 ZPO unterfällt.

### 3. Vorgriff: Die Richtigkeitsgewähr als Beurteilungskriterium für die Zumutbarkeit der Gestaltung des primären Schiedsverfahrens

Der Befund zur Beschränkung der Richtigkeitskontrolle durch Instanzenzug kann auf die Einordnung anderer Verfahrensgestaltungen übertragen werden, die die Richtigkeitsgewähr herabsetzen: Der Hauptpartei soll der streitverkündungsbedingte Interessenschutz erhalten bleiben, wenn die Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung im Primärprozess gegenüber derjenigen im Sekundärprozess *in maßvollem Umfang*<sup>736</sup> herabgesetzt ist. Andersherum muss eine Streitverkündungswirkung generell ausscheiden, wenn die Richtigkeitsgewähr nach der Gestaltung des primären Schiedsverfahrens über dieses Maß herabgesetzt ist. Denn insoweit fehlt es an einer die Einschränkung gegenüber den Dritten legitimierenden Wertungsentscheidung. Die *Richtigkeitsgewähr* stellt sich damit als ein Kriterium zur Beurteilung über den Vorbehalt heraus, dass die Gestaltung des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleisten muss.<sup>737</sup>

## IV. Rechtliches Gehör

Demgegenüber stellt das rechtliche Gehör des Dritten kein Problem hinsichtlich der Legitimierung einer arbitralen Streitverkündungswirkung dar. Denn rechtliches

<sup>734</sup> Dieser Gedanke liegt auch dem Fazit von *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 27 zur schadensrechtlichen Rekonstruktion der Interventionswirkung zugrunde: „Soweit die nachteilige Entscheidung im Erstprozess gerade auf dem ‚Schiedsrisiko‘ beruht, fehlt es also an einem zurechenbaren Schaden.“

<sup>735</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) bb) (S. 78).

<sup>736</sup> Präziser lässt sich das Maß leider nicht fassen; bei der Konturierung helfen jedoch die aufgefundenen positiven Beispiele zulässiger Herabsetzung der Richtigkeitsgewähr.

<sup>737</sup> S. dazu näher unten § 5 I. 2. (S. 237 ff.).

Gehör, das in einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ungeachtet der umstrittenen<sup>738</sup> (und abzulehnenden<sup>739</sup>) Bindung an Art. 103 Abs. 1 GG nach einheitlichem Verständnis gemäß § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO im selben Maß wie vor deutschen staatlichen Gerichten gewährt werden muss,<sup>740</sup> kann ein Schiedsgericht dem Dritten grundsätzlich auch ohne Weiteres im selben Maß gewährleisten. Ob dem Dritten im Primärverfahren tatsächlich rechtliches Gehör gewährt wurde, hängt freilich wie im staatlichen Zivilprozess von der konkreten Verfahrensdurchführung und dem Verhalten der Hauptpartei ab. Soweit sie durch ihren Widerspruch gegen Prozesshandlungen des Dritten sein rechtliches Gehör beschneidet, steht ihm gegen die Streitverkündungswirkung eine Einrede zu (die hier als *exceptio inauditae alterae partis* betitelt wurde<sup>741</sup>).

Anders als (deutsche) staatliche Zivilprozesse, können Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO jedoch so ausgestaltet sein, dass dem Dritten schon abstrakt, d. h. unabhängig von der konkreten Verfahrensdurchführung, kein (vollumfängliches) rechtliches Gehör gewährt werden kann. Gedacht sei etwa an den Fall, dass die Schiedsparteien einen vollständigen Ausschluss von Zeugen- und Sachverständigenbeweis vereinbaren. Das rechtliche Gehör stellt insofern ein Kriterium zur Beurteilung über den Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes<sup>742</sup> dar: Genügt bereits die Gestaltung des primären Schiedsverfahrens den Anforderungen an rechtliches Gehör nicht, steht der Streitverkündungswirkung ungeachtet der konkreten Verfahrensführung ein genereller Vorbehalt entgegen.

## V. Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit

Die Nichtöffentlichkeit und die Vertraulichkeit gelten landläufig als Grundsätze des Schiedsverfahrens.<sup>743</sup> Ihre Geltung wurde jedoch lange Zeit schlicht als garan-

<sup>738</sup> S. eingehend und m. w. N. zum Streitstand *Sawang*, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 258 ff.; *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 127.

<sup>739</sup> *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 127; *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 56; *Schenk*, Schiedsfreiheit und Staatliche Schutzpflichten, 2020, S. 36.

<sup>740</sup> Grundlegend BGHZ 31, 43, 45; zudem BGHZ 85, 288, 291 ff.; BGHZ 96, 40, 47 f.; BGH NJW 1992, 2299; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 106; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1042 Rn. 30; *Pika*, ZJP 131 (2018), 225, 239; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1042 Rn. 37 ff.; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1042 Rn. 8; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 15 Rn. 1; *R. Wilhelmi*, SchiedsVZ 2020, 30, 31; im Ergebnis auch *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 127; *Sawang*, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 267 f.

<sup>741</sup> S. zu Einrede nicht gewährten Gehörs nach § 68 Hs. 1 ZPO, die nicht zusätzlich von einer mangelhaften Prozessführung der Hauptpartei abhängig ist, oben § 31.2.c)bb(1) (S. 79 ff.).

<sup>742</sup> S. dazu oben § 41.2.b)bb) (S. 149 ff.) und eingehend unten § 5 (S. 235 ff.).

<sup>743</sup> S. statt vieler m. w. N. die Einschätzung von *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 1; *H. Prütting*, LA Böckstiegel, 2001, 629.



tiert angesehen, ohne sich mit den Grundlagen und dem genauen Inhalt der Verfahrensgrundsätze auseinanderzusetzen.<sup>744</sup> Dies spiegelt sich im Diskurs um eine Drittbeteiligung im Schiedsverfahren wider: Die Nichtöffentlichkeit und die Vertraulichkeit werden hier schlagwortartig aufgeworfen und ohne nähere Begründung gegen die Zulässigkeit einer Streitverkündung bzw. Nebenintervention vorgebracht: „Die streitverkündende Partei würde hierdurch [durch eine Streitverkündung, Anm. des Verfassers] in Verletzung ihrer Vertraulichkeitspflicht handeln, soweit die gegnerische Partei der Zustellung nicht zugestimmt hat“<sup>745</sup>; Durch eine Nebenintervention würde „die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens aufgehoben“<sup>746</sup>; „Im Hinblick auf die Vertraulichkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens müssen beide Parteien mit der Teilnahme des Dritten einverstanden sein.“<sup>747</sup>; „Könnte jedoch ein Dritter [...] sich gegen den Willen auch nur einer Schiedspartei in das Verfahren einmischen, so wäre die Vertraulichkeit und Geheimhaltung beseitigt und ein wesentliches Ziel der Schiedsgerichtsbarkeit verfehlt.“<sup>748</sup>

Diese thesenartige Behandlung genügt angesichts des aktuellen Stands in der Rechtswissenschaft nicht (mehr): In zwei Aufsehen erregenden Entscheidungen haben der Australian High Court im Jahr 1995 (*Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman & Others*<sup>749</sup>) und der Högsta Domstolen in Schweden im Jahr 2000 (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A.I. Trade Finance Inc.*<sup>750</sup>) eine grundsätzliche Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens abgelehnt.<sup>751</sup> Im Anschluss hat sich auch die deutsche Rechtswissenschaft intensiv mit der Vertraulichkeit von Schiedsverfahren befasst und diese kritisch hinterfragt.<sup>752</sup> Vor diesem Hintergrund ist angezeigt, deren Gehalt anknüpfend an die geleisteten Vorarbeiten näher zu untersuchen und auf dieser Grundlage die Frage zu beantworten: Steht einer

<sup>744</sup> Dieses Defizit hervorhebend *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 2; *H. Prütting*, LA Bockstiegel, 2001, S. 629, 630; aus einem internationalen Blickwinkel *Bagner*, J. Int. Arbitr. 18 (2001), 243; *Kühn/Gantenberg*, FS Schlosser, 2005, 461.

<sup>745</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92; zudem *ders.*, FS Wegen, 2015, S. 615, 619.

<sup>746</sup> *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 45.

<sup>747</sup> *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 78; ebenso *Beringe*, DB 1954, 776, 777; s. *Thomas*, FS Geimer II, 2017, S. 735, 738.

<sup>748</sup> *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 291.

<sup>749</sup> Australian High Court, 7. April 1995, (1995) 11 Arb. Int'l, 235.

<sup>750</sup> Högsta Domstolen, 27. Oktober 2000, (2001) XXVI Yearbook of Commercial Arbitration, 291.

<sup>751</sup> Eine Darstellung der Entscheidungen findet sich bei *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 2 ff.; *Oberhammer*, FS Beys, 2003, S. 1139, 1142 ff.

<sup>752</sup> So etwa *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016; *Geiben*, Privatsphäre, 2001; *Haas*, FS Kaissis, 2012, S. 315 ff.; *Haas/Kahlert*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963 ff.; *Holder*, Vertraulichkeit, 2009; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015; *Kühn/Gantenberg*, FS Schlosser, 2005, S. 461 ff.; *Leisinger*, Vertraulichkeit, 2012; *Münch*, ZZPInt 20 (2015), 431 ff.; *Oldenstam/Pachelbel*, SchiedsVZ 2006, 31 ff.; *H. Prütting*, LA Bockstiegel, 2001, S. 629 ff.; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407 ff.; *Sawang*, Geheimhaltung und Gehör, 2010.

Streitverkündung und einer darauf folgenden Intervention des Dritten im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO eine mögliche Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens entgegen?

### 1. Die Bedeutung der Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren

Die Begriffe werden oft ungenau verwendet. Die Nichtöffentlichkeit und die Vertraulichkeit sind zwar eng miteinander verzahnt – so kann ein Verfahren nicht vertraulich sein, soweit es öffentlich ist.<sup>753</sup> Gleichwohl ist ihr Gehalt voneinander zu trennen:<sup>754</sup> Mit der (Nicht-)Öffentlichkeit (*privacy*) des Schiedsverfahrens ist die Frage angesprochen, ob die Allgemeinheit der mündlichen Schiedsverhandlung beiwohnen sowie möglicherweise in die Verfahrensakte einsehen können soll. Es geht also um ein Recht zur Information über das Schiedsverfahren durch die Allgemeinheit, d. h. grundsätzlich einer jeden Person, die nach Information begehrt.<sup>755</sup> Hingegen verlangt die Vertraulichkeit (*confidentiality*), dass die von ihr Verpflichteten Stillschweigen über grundsätzlich alle Informationen bewahren, die das Schiedsverfahren betreffen – unabhängig davon, ob diese Informationen vor dem oder aufgrund des Schiedsverfahrens erlangt wurden.<sup>756</sup> Die Vertraulichkeit wird hier<sup>757</sup> also synonym verwendet zur Geheimhaltung über Informationen, die das Schiedsverfahren betreffen.

<sup>753</sup> Darauf hinweisend etwa Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 10; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 631.

<sup>754</sup> S. zur nicht selten vernachlässigten Notwendigkeit einer Differenzierung etwa Günther, FS Sandrock, 2000, S. 341, 342 f.; Haas, FS Kaissis, 2012, 315; Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 17; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 9; Kühn/Gantenberg, FS Schlosser, 2005, S. 461, 462; Oldenstam/Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 32; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 631 f.; Sawang, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 243; Seitz, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 179.

<sup>755</sup> Oldenstam/Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 32; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 632; im Ergebnis auch Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 11 ff., der allerdings die (Nicht-)Öffentlichkeit nur auf die mündliche Verhandlung bezieht und damit von der Akteneinsicht trennt.

<sup>756</sup> Haas, FS Kaissis, 2012, 315; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 9 f.; Oldenstam/Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 32; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 632 f.; Sawang, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 244.

<sup>757</sup> Anders etwa Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 10, der die Vertraulichkeit als Oberbegriff von a) Nichtöffentlichkeit, b) fehlender Akteneinsichtsrechte sowie c) Geheimhaltung verwendet.

### a) Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens

Die Nichtöffentlichkeit wird einhellig als Grundsatz von Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO angesehen.<sup>758</sup> Dem ist beizupflichten: Ausgangspunkt ist, dass § 169 GVG für Schiedsverfahren nicht gilt (vgl. Art. 2 EGGVG).<sup>759</sup> Das stellt freilich für sich genommen noch eine relativ schwache Begründung dar,<sup>760</sup> da sie keinen Aufschluss über die maßgeblichen Wertungen gibt. Gleiches gilt für das teilweise angeführte Argument, die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens folge aus dem Hausrecht der Schiedsparteien, aufgrund dessen sie die Öffentlichkeit von der Schiedsverhandlung ausschließen könnten.<sup>761</sup> Denn die Öffentlichkeit zielt nicht darauf ab, ob der Einzelne seinen Zutritt zu den Räumlichkeiten und damit faktisch zur mündlichen Verhandlung durchsetzen kann.<sup>762</sup> Entscheidend ist, ob die Öffentlichkeit am Verfahren *teilhaben können soll*.<sup>763</sup> Hierzu trifft das Hausrecht keine Aussage. Im Übrigen wird das Hausrecht nicht selten gar nicht in den Händen der Schiedsparteien liegen (sondern beim Betreiber des angemieteten Konferenzsaals, Hotels etc.).<sup>764</sup> Es könnte daher nur mehr oder weniger zufällig eine Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens begründen.

Aufschluss gibt jedoch ein Blick auf das, was den Öffentlichkeitsgrundsatz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit legitimiert: Durch die Öffentlichkeit des Verfahrens sollen die rechtsprechenden Institutionen einer demokratischen Kontrolle unterzogen<sup>765</sup> und so das Vertrauen der Allgemeinheit in die Judikative gestärkt wer-

---

<sup>758</sup> S. etwa *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 7; *Geiben*, Privatsphäre, 2001, S. 17 ff.; *Haas/Kahlert*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963, 965; *Holder*, Vertraulichkeit, 2009, S. 17; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 140 ff.; *Kühn/Gantenberg*, FS Schlosser, 2005, S. 461, 462 f.; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 144; *Leisinger*, Vertraulichkeit, 2012, S. 41 ff.; *H. Prütting*, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 632; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 413; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1025 Rn. 18; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 8.

<sup>759</sup> *Holder*, Vertraulichkeit, 2009, S. 21 f.; *Kühn/Gantenberg*, FS Schlosser, 2005, S. 461, 463; *H. Prütting*, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 632; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 413.

<sup>760</sup> *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 145.

<sup>761</sup> So *Holder*, Vertraulichkeit, 2009, S. 21; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 413; *Rosenau*, Die öffentliche Hand als Partei in verwaltungs- und zivilrechtlichen Schiedsverfahren, 2018, S. 115 f.

<sup>762</sup> BGH NJW 2006, 1220, 1221; BFH BeckRS 2010, 8412 Rn. 20; BeckOK-GVG/Allgayer, § 169 Rn. 3, 14; *Ewer*, NJW 2010, 1323, 1324; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 143 f.

<sup>763</sup> *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 144.

<sup>764</sup> Darauf hinweisend *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 143.

<sup>765</sup> BVerfGE 103, 44, 63 f.: „Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie“; grundlegend *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit, 1821, S. 86 ff., 180; zudem *Pieroth*, Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 249, 254 f.; *Seitz*, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 40 ff.; *Löwe/Rosenberg/Wickern*, Vor § 169 GVG Rn. 3.

den<sup>766</sup>. Zugleich sollen die Verfahrensbeteiligten – das sind die historischen Wurzeln<sup>767</sup> – vor einer Geheimjustiz geschützt werden.<sup>768</sup> Die Öffentlichkeit des Verfahrens wird neben dem Individualschutz vor einer nicht integren Entscheidungsfindung also im Kern gewährt, um die staatlichen Institutionen einer Kontrolle zu unterziehen. Nachrangig dient sie auch dazu, das Informationsinteresse der Allgemeinheit zu bedienen.<sup>769</sup> Letzterer Zweck ist jedoch nur schwach ausgeprägt, da Prozesse – auch, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet – vorwiegend in Schriftsätzen ausgetragen werden, auf die die Parteivertreter in der mündlichen Verhandlung nur Bezug nehmen.<sup>770</sup> Dadurch beschränkt sich die Öffentlichkeit mittlerweile im Wesentlichen auf eine Medienöffentlichkeit,<sup>771</sup> weshalb die Legitimität des gemessen an seinen Wurzeln an Bedeutung verlierenden<sup>772</sup> Grundsatzes zunehmend generell in Frage gestellt wird.<sup>773</sup>

Dieser Hintergrund erklärt die Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren: Schiedsgerichte sind keine staatlichen Institutionen, die der demokratischen Legitimation bedürfen.<sup>774</sup> Zwar stellt der Staat seine Zwangsgewalt während des Verfahrens sowie zur Vollstreckung des Schiedsspruchs bereit. Um dies zu kontrollieren, reicht jedoch aus, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt, *soweit* staatliche Institutionen anlässlich eines Schiedsverfahrens tätig werden – etwa im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens nach § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZPO oder der Entscheidung über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nach § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO.

<sup>766</sup> EGMR NJW 1986, 2177, 2178; BGH NJW 1953, 712; BGH NSiZ 1988, 467, 468; grundlegend *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit, 1821, S. 94 f.; zudem *S. Arnold*, FS Simotta, 2012, S. 11, 14 f.; MüKo-ZPO/*Pabst*, § 169 GVG Rn. 1; *Seitz*, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 41.

<sup>767</sup> Grundlegend im Gesamten *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit, 1821; zudem *Wieczorek/Schütze/Schreiber*, § 169 Rn. 4 ff.; *Löwe/Rosenberg/Wickern*, Vor § 169 GVG Rn. 2.

<sup>768</sup> EGMR NJW 1986, 2177, 2178; BVerfG NJW 2001, 1633, 1635; BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 44 – *Pechstein*; BGH NJW 1953, 712; RGSt 70, 109, 112; *Schütze*, Effektivität des Rechtsschutzes, 2006, S. 171, 195; *Seitz*, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 37 ff.

<sup>769</sup> S. etwa KK-StPO/*Diemer*, § 169 GVG Rn. 1a; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 409 f.; *Löwe/Rosenberg/Wickern*, Vor § 169 GVG Rn. 4; dieses Interesse heute stärker einschätzend *Kleinknecht*, FS Schmidt-Lechner, 1977, S. 111, 113.

<sup>770</sup> MüKo-ZPO/*Pabst*, § 169 GVG Rn. 1; *Risse/Oehm*, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 410.

<sup>771</sup> *Schütze*, Effektivität des Rechtsschutzes, 2006, S. 171, 176; *H. Prütting*, FS Schütze I, 1999, S. 685 ff.; in die Richtung auch MüKo-ZPO/*Pabst*, § 169 GVG Rn. 1.

<sup>772</sup> *Kleinknecht*, FS Schmidt-Lechner, 1977, S. 111, 112 f.; MüKo-ZPO/*Pabst*, § 169 GVG Rn. 1; *Schütze*, Effektivität des Rechtsschutzes, 2006, S. 171, 195.

<sup>773</sup> Eingehend etwa durch *Köbl*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1973, S. 235 ff.; diesem verpflichtet *Schütze*, Effektivität des Rechtsschutzes, 2006, S. 171, 195.

<sup>774</sup> S. statt vieler *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 9 f.; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 266; *Spohnheimer*, Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkennnis des Schiedsspruchs, 2010, S. 7 f.

*b) Keine grundsätzliche Vertraulichkeit eines Schiedsverfahrens  
nach §§ 1025 ff. ZPO*

Als nichtöffentliches Verfahren hat das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO das Potenzial dazu, vertraulich zu sein. Die Vertraulichkeit ist jedoch begründungsbedürftig, da sie eine *Pflicht* zur Geheimhaltung über die das Schiedsverfahren betreffenden Informationen zum Inhalt hat.<sup>775</sup>

aa) Keine gesetzliche Grundlage, keine Schutzpflicht

Insoweit ist zunächst festzustellen: Es gibt keine gesetzliche Grundlage, die Schiedsparteien allgemein zur Vertraulichkeit verpflichtet – weder innerhalb der §§ 1025 ff. ZPO noch in sonstigen Rechtsvorschriften oder kraft Gewohnheitsrechts.<sup>776</sup> Gesetzliche Vorschriften – etwa §§ 823 Abs. 1, 2; 1004 analog BGB; § 3 UWG oder das GeschGehG – verpflichten Schiedsparteien nur im Einzelfall zur Vertraulichkeit und nur hinsichtlich bestimmter Informationen wie Geschäftsgeheimnisse oder sensibler persönlicher Daten.<sup>777</sup>

Vereinzelte wird angenommen, die Pflicht zur Vertraulichkeit im Schiedsverfahren folge aus einer der Schiedsvereinbarung zu entnehmenden Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.<sup>778</sup> Damit sich ein *Grundsatz* der Vertraulichkeit auf Basis einer Schutzpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB begründen lässt, müsste jedoch im Rahmen der Güter- bzw. Interessenabwägung eine (starke) Tendenz zugunsten der Geheimhaltung von anlässlich eines Schiedsverfahrens erlangten Informationen begründet werden können. Wie Kahlert dargelegt hat, ist eine dahingehende Tendenz abzulehnen.<sup>779</sup> Denn keine der in die Abwägung nach § 241 Abs. 2 BGB einzustellenden Gesichtspunkte – die Intensität des Vertrauensverhältnisses zwischen den Streitparteien, das Offenbarungs- versus das Geheimhaltungsinteresse etc. – knüpft daran an, dass die möglicherweise der Geheimhaltung zu unterstellenden Informationen gerade anlässlich eines Schiedsverfahrens erlangt werden: Die Gewichtung der Gesichtspunkte ist stark vom Einzelfall abhängig, insbesondere von der Rechtsbeziehung der Streitparteien und der Art der streitgegenständlichen Informationen.

---

<sup>775</sup> Risse/Oehm, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 415 f.; Seitz, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 183; implizit auch Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 32 ff.

<sup>776</sup> Allgemeine Meinung, s. statt vieler Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 33 f.; Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 102; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 243; Leisinger, Vertraulichkeit, 2012, S. 103 f.; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1154 in Fn. 51; H. Prütting, LA Bockstiegel, 2001, S. 629, 634.

<sup>777</sup> Eingehend Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 244 ff.; Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 35 ff.

<sup>778</sup> Holder, Vertraulichkeit, 2009, insb. S. 132 ff.; Leisinger, Vertraulichkeit, 2012, S. 146 ff.

<sup>779</sup> Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 267 ff.

## bb) Vertraulichkeit nur, wenn und weil vereinbart

Mittlerweile ist zudem weithin anerkannt, dass aus dem „Wesen“ bzw. der „Natur“ des Schiedsverfahrens keine „immanente“ Pflicht zur Vertraulichkeit der Schiedsparteien folgt.<sup>780</sup> Dahinter verbirgt sich allenfalls eine Abkürzung für das, was die Schiedsparteien kraft ihrer Privatautonomie vereinbart haben.<sup>781</sup> Das bedeutet: Das Schiedsverfahren ist nur dann vertraulich, *wenn und weil* die Parteien dies vereinbart haben.<sup>782</sup>

## cc) Keine implizite Verpflichtung zur Vertraulichkeit

Die Schiedsparteien treffen allerdings nach allgemeiner Einschätzung in der Regel (noch immer<sup>783</sup>) in den weit überwiegenden Fällen keine explizite Vereinbarung zur Vertraulichkeit.<sup>784</sup>

Auch finden sich nur in manchen Schiedsordnungen allgemeine Verpflichtungen zur Vertraulichkeit (etwa in Art. 44 DIS-SchO; Art. 30.1 LCIA-SchO; Art. 44 Swiss Rules). Hingegen verpflichten die Schiedsordnungen der ICC, AAA, des VIAC und der UNCITRAL nicht zur Vertraulichkeit.

---

<sup>780</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 35 ff.; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 635: „[M]an wird freilich eine dem Schiedsverfahren immanente Pflicht zur Vertraulichkeit der Schiedsparteien nicht geltend machen können.“ Prägnant auch C. Müller, ASA Bulletin 23 (2005), 216, 224: „L’arbitrage n’est privé que pour garantir la confidentialité des litiges que les parties se sont mises d’accord de soumettre à l’arbitrage. Cependant, la confidentialité n’en est pas une conséquence nécessaire.“ A. A. Massuras, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 266 mit Verweis auf ältere Literatur zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

<sup>781</sup> Deziert Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 243 in Fn. 1336; C. Müller, ASA Bulletin 23 (2005), 216, 224; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1154.

<sup>782</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 39; Haas, FS Kaissis, 2012, S. 315, 318 f.; Haas/Kahlert, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963, 971; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 243; Lachmann, HdB Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2007, Rn. 146; Leisinger, Vertraulichkeit, 2012, S. 143; C. Müller, ASA Bulletin 23 (2005), 216, 224; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1154; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 635; Risse/Oehm, ZVglR-Wiss 114 (2015), 407, 416; Seitz, Öffentlichkeit im Zivilprozess, 2018, S. 183. Zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 2.179.

<sup>783</sup> S. den Bericht von Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 248 in Fn. 1354 über einen Vortrag des ICC-Counsel Flecke-Giammarco, wonach die Zahl der ICC-Schiedsverfahren, in denen eine Pflicht zur Vertraulichkeit vereinbart wurde, von 2008 bis 2012 deutlich gestiegen ist.

<sup>784</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 39; Haas/Kahlert, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963, 971; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 248; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1144; Pörnbacher/Knief, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 207, 211; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 635. Nach dem in der vorangehenden Fn. genannten Bericht von Kahlert wurde im Jahr 2012 in 25,4 % der eingegangenen ICC-Schiedsverfahren die Vertraulichkeit vereinbart. A. A. aber scheinbar Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 7 (Vereinbarung zur Vertraulichkeit „in der Regel“).

Ein Grundsatz der Vertraulichkeit könnte somit nur dann aufrechterhalten werden, wenn dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung der implizite Erklärungsgehalt zu entnehmen wäre, sich zur Vertraulichkeit zu verpflichten. Dies ist mit der heute herrschenden Auffassung jedoch abzulehnen.<sup>785</sup> Denn schon die für einen konkludenten Erklärungsgehalt notwendige Prämisse, dass Schiedsverfahren typischerweise vertraulich geführt würden, ist empirisch nicht haltbar: Wie Kahlert eingehend analysiert hat,<sup>786</sup> kommt der Vertraulichkeit in Schiedsverfahren längst kein so überragender Stellenwert zu, wie landläufig angenommen.

Dies zeigen neben den von Kahlert ausgewerteten Studien<sup>787</sup> auch aktuelle: Nach der im Jahr 2018 durch die *Queen Mary University* und der Kanzlei *White & Case LLP* durchgeführten Umfrage zählen „confidentiality and privacy“ nur 36 % der Befragten zu den drei wertvollsten Charakteristiken eines Schiedsverfahrens.<sup>788</sup> Insoweit ist zudem zu berücksichtigen, dass Nichtöffentlichkeit (*privacy*) und Vertraulichkeit (*confidentiality*) in der Umfrage „in einen Topf geworfen“ werden. Es ist anzunehmen, dass der Umfragewert nochmals niedriger ausgefallen wäre, wenn sich die Frage nur auf die Verpflichtung zur Geheimhaltung bezogen hätte.<sup>789</sup> Gleiches gilt für eine Umfrage der *Germany Trade & Invest* (GTAI) aus dem Jahr 2020, nach der 46,9 % der Befragten die – nicht näher definierte – „Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens“ als wichtigen Faktor für die Vereinbarung einer Schiedsklausel erklärten.<sup>790</sup>

Die Empirie erklärt die Vertraulichkeit somit zwar zu einem wichtigen Faktor zur Wahl eines Schiedsverfahrens. Ihr kommt aber keineswegs ein derart hoher Stellenwert zu, dass man daraus eine empirische Basis für einen typisierten Erklärungsgehalt schlussfolgern könnte.<sup>791</sup>

<sup>785</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 39; Haas, FS Kaissis, 2012, S. 315, 319; Haas/Kahlert, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963, 971 ff.; Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 24; Kreindler/Schäfer/R. Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rn. 299; Lachmann, HdB Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2007, Rn. 146; Raeschke-Kessler/Berger, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 685 f.; H. Prütting, LA Böckstiegel, 2001, S. 629, 635; Rosenau, Die öffentliche Hand als Partei in verwaltungs- und zivilrechtlichen Schiedsverfahren, 2018, S. 121; Stein/Jonas/Schlosser, § 1029 Rn. 58; Musielak/Voit/Voit, § 1029 Rn. 27; Wilske, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 727, 741; im Ergebnis auch Risse/Oehm, ZVglRWiss 114 (2015), 407, 416, wen sie eine explizite Einigung fordern. A. A. Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 136; Leisinger, Vertraulichkeit, 2012, S. 156 f.; Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1042 Rn. 107. Mit dieser Einschätzung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 2.193.

<sup>786</sup> Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 63 ff.

<sup>787</sup> Kahlert, SchiedsVZ 2023, 2, S. 63 ff.

<sup>788</sup> *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey, 2018 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)), S. 7.

<sup>789</sup> Dieses Defizit betrifft die meisten einschlägigen Umfragen. Mit dieser Einschätzung allgemein auch Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 65.

<sup>790</sup> *Germany Trade & Invest* (GTAI), Kurzumfrage zur Verwendung von Schiedsklauseln in Internationalen Verträgen, Juni 2020 (<https://www.gtai.de/resource/blob/261354/c1041149802613ef4e91f45cd83a917a/umfrage-schiedsklauseln-data.pdf>), S. 8.

<sup>791</sup> S. auch Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 67; Karton, Arbitr. Int. 28 (2012), 447, 482.



Schließlich haben die Schiedsparteien nicht selten – auch jenseits vertraglicher (bspw. gegenüber der Versicherung) oder gesetzlicher (bspw. nach § 131 AktG; § 118 HGB) Offenbarungspflichten – ein Interesse daran, Informationen aus dem Schiedsverfahren mit Dritten zu teilen.<sup>792</sup> Etwa gegenüber einem Geschäftspartner, um Gerüchte auszuräumen und so die Vertrauensbeziehung zu stärken;<sup>793</sup> gegenüber einem möglichen Kreditgeber, um einen Kredit oder bestimmte Konditionen zu erhalten; gegenüber einem *litigation funder*, um im laufenden Schiedsverfahren ein *funding* zu erhalten; gegenüber bestimmten Personenkreisen, um als „schwächere“ Partei Druck auf die – ihre Machtposition möglicherweise ausnutzende – „stärkere“ Partei auszuüben;<sup>794</sup> oder gegenüber einem anderen (Schieds-)Gericht, um Rechte in einem parallel laufenden Verfahren durchzusetzen<sup>795</sup>. Kurzum: Es gibt zahlreiche Gründe dafür, warum eine Schiedspartei daran interessiert sein könnte, das Schiedsverfahren betreffende Informationen mit nicht am Verfahren Beteiligten zu teilen. Die Interessenlage ist demnach zu uneinheitlich, als dass sie die Basis für eine implizite Verpflichtung zur Vertraulichkeit bilden könnte.<sup>796</sup> Die ICC-SchO<sup>797</sup> und die UNCITRAL-SchO („diverse views on the importance on confidentiality“<sup>798</sup>) haben erklärtermaßen deswegen keine Pflicht zur Vertraulichkeit aufgenommen.

Damit bleibt festzuhalten: Die Parteien eines Schiedsverfahrens sind nur dann zur Vertraulichkeit verpflichtet, wenn und weil sie dies vereinbart haben. Allein dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung kann eine dahingehende Verpflichtung nicht entnommen werden.

## 2. Die Streitverkündung und die darauffolgende Intervention gemessen an einer möglichen Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens

Nach dieser Grundlegung ist der Frage nachzugehen: Steht eine mögliche Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens dem entgegen, dass die Hauptpartei einem Dritten den Streit verkündet und dieser daraufhin dem Verfahren beitrifft?

<sup>792</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 47 ff.; Haas/Kahlert, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 963, 972; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 261 f.; Wilske, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, S. 727, 741.

<sup>793</sup> Mit Gedanken in diese Richtung Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 262; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1158.

<sup>794</sup> Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 262.

<sup>795</sup> Geiben, Privatsphäre, 2001, S. 41 f.; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 261 f.; Leisinger, Vertraulichkeit, 2012, S. 232 ff.

<sup>796</sup> S. die Fundstellen oben in Fn. 785.

<sup>797</sup> Friedland, Arbitration Clauses for International Contracts, 2004, S. 10; Oberhammer, FS Beys, 2003, S. 1139, 1145.

<sup>798</sup> UN Doc. A/CN.9/614, Rn. 85.



*a) Der normative Regelfall: Streitverkündung und Nebenintervention ohne Weiteres zulässig*

Die Regel ist: Haben sich die Schiedsparteien nicht zur Vertraulichkeit verpflichtet, ist eine Streitverkündung und die streitverkündungsbedingte Intervention des Dritten ohne Weiteres zulässig. Dies betrifft grundsätzlich sämtliche Verfahren nach bspw. den Schiedsordnungen der ICC, AAA, des VIAC sowie der UNCITRAL und entspricht auch dem Konzept der §§ 1025 ff. ZPO, die keine Vertraulichkeit vorsehen.

Im Übrigen werden gesetzliche Geheimhaltungspflichten einer Streitverkündung nur im absoluten Ausnahmefall entgegenstehen. Denn weder die Benachrichtigung des Dritten vom Primärverfahren noch dessen Beteiligung gefährden konkret die Informationen, die möglicherweise der Geheimhaltung unterliegen: Geheimhaltungsbedürftige Informationen werden potenziell erst dadurch gefährdet, dass der Dritte von Ihnen durch einen Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung erfährt. Diese Gefahr muss jedoch nicht zum Anlass genommen werden, die Beteiligung des Dritten für unzulässig zu erklären. Denn zum Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Informationen hat sich in der Schiedsgerichtsbarkeit ein ganzes Kompendium an Maßnahmen bewährt,<sup>799</sup> das vorrangig einzusetzen ist: Vom einfachen Schwärzen von Dokumenten (*redacting*), über die Beschränkung des Zugriffs auf vertrauliche Informationen in Schriftsätzen oder der mündlichen Verhandlung auf einen bestimmten Personenkreis (sog. *confidentiality clubs* oder *clean teams*) bspw. in der Form des *counsel only review*, bis hin zu einem teilweisen *in-camera* Verfahren. Der Geheimhaltung sollte regelmäßig genüge getan sein, wenn sich aus diesem Kompendium an Werkzeugen bedient wird. Aber auch, wenn eine mögliche Gefährdung mithilfe der Schutzmaßnahmen im Einzelfall nicht beseitigt werden kann, folgt daraus nicht automatisch ein Ausschluss der Streitverkündung. Denn der Tatbestand der gesetzlichen Vorschriften, aus denen eine Vertraulichkeitspflicht folgen könnte, verlangt stets eine Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse (des Verfahrensgegners) und dem Offenlegungsinteresse (der streitverkündungswilligen Hauptpartei).<sup>800</sup>

*b) Kein Ausschluss der Streitverkündung selbst bei Verpflichtung zur Vertraulichkeit*

Verpflichten sich die Schiedsparteien durch gesonderte Vereinbarung oder Wahl einer Schiedsordnung mit entsprechender Klausel zur Vertraulichkeit, wird diese Vereinbarung in aller Regel keine explizite Aussage über die Zulässigkeit einer Streitverkündung bzw. Intervention des Dritten treffen, sondern schlicht allgemein

<sup>799</sup> Mit Übersichten *Baizeau/Richard*, Confidentiality in International Arbitration, 2016, S. 53, 54 ff.; *Haller*, SchiedsVZ 2013, 135 ff.; *Pörnbacher/Knief*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 207, 212 ff.

<sup>800</sup> Im Kontext der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens *Holder*, Vertraulichkeit, 2009, S. 39; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 244 f. Im noch recht jungen GeschGehG tritt dies anschaulich hervor: Es verlangt einerseits ein „berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung“ (§ 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG) als Voraussetzung dafür, dass der Schutzbereich eröffnet ist, und macht andererseits Ausnahmen davon, wenn die Offenlegung „zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt“ (§ 5 GeschGehG).

zur Geheimhaltung aller das Schiedsverfahren betreffenden Informationen verpflichten (vgl. etwa Art. 30.1 LCIA-SchO; Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules). Es spricht viel dafür, dass eine Streitverkündung und darauffolgende Intervention des Dritten nach einer solchen allgemeinen Vertraulichkeitsvereinbarung zulässig ist, da sie gerechtfertigte Ausnahmen von der Vertraulichkeit darstellen:

aa) Die Streitverkündung und darauffolgende Intervention  
als gerechtfertigte Ausnahmen von der Vertraulichkeit

Ausgangspunkt ist, dass selbst eine umfassende Verpflichtung zur Vertraulichkeit nach einhelligem Verständnis nicht absolut verstanden werden kann: Ausnahmen sind zu machen, wenn und weil eine Schiedspartei ein berechtigtes Interesse daran hat.<sup>801</sup> Dies ist sogar für die noch näher zu untersuchende<sup>802</sup> DIS-SchO allgemein anerkannt, die eine besonders strikte Regelung der Vertraulichkeit beinhaltet.<sup>803</sup> Auch wenn bei allgemeiner Verpflichtung zur Vertraulichkeit im Grundsatz eine Tendenz zugunsten der Geheimhaltung besteht, liegt ihr somit stets eine Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der einen Schiedspartei sowie dem Offenbarungsinteresse der anderen Schiedspartei zugrunde.<sup>804</sup>

Eine auch in den Schiedsordnungen, die zur Vertraulichkeit verpflichten, anerkannte Ausnahme liegt vor, wenn eine Schiedspartei Informationen an Dritte offenlegen muss, *um ihre Rechte im Schiedsverfahren effektiv durchsetzen bzw. verteidigen zu können*.<sup>805</sup> So darf eine Schiedspartei in Aufhebung der Vertraulichkeiten ganz selbstverständlich etwa Zeugen und Parteisachverständige (vgl. nur § 1049 Abs. 2 Satz 2 ZPO) über das Schiedsverfahren informieren und in dieses einbeziehen. Anerkannt ist zudem, zur Rechtsverfolgung aus dem Schiedsverfahren erlangte Informationen in ein anderes Verfahren einzubringen.<sup>806</sup>

---

<sup>801</sup> Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 149 f.; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 297; Lachmann, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 3507 (zur DIS-SchO 1998); Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow, Art. 44 DIS-SchO Rn. 26 (bezogen auf die DIS-SchO 2018); Oldenstam/Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 35; Raeschke-Kessler/Berger, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 686; auf sämtliche Schiedsordnungen bezogen auch McGuire, ZZPInt 24 (2019), 385, 396. Zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit allgemein Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 2.185.

<sup>802</sup> S. dazu unten § 4 V. 2. b) bb) (S. 187 f.).

<sup>803</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow, Art. 44 DIS-SchO Rn. 26; Lachmann, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 3507 (noch zur DIS-SchO 1998); Oldenstam/Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 35.

<sup>804</sup> Im Kontext der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens Holder, Vertraulichkeit, 2009, S. 39; Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 244 f.

<sup>805</sup> Vgl. Art. 30.1 LCIA-SchO; Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules; zudem Art. 3 Abs. 13 IBA-Rules; allgemein Kahlert, Vertraulichkeit, 2015, S. 297.

<sup>806</sup> S. dazu OLG Frankfurt BeckRS 2004, 151816 Rn. 6.

Die Interessenlage ist bei einer Streitverkündung vergleichbar, denn auch sie dient der Hauptpartei zur Rechtsverfolgung: Zum einen ist die Streitverkündung für die Hauptpartei in verwobenen Mehrpersonenkonflikten regelmäßig die einzig zumutbare Möglichkeit, die drohende Verjährung gegenüber dem Dritten zu hemmen.<sup>807</sup> Zum anderen ist die Streitverkündung, wie die Analyse zum staatlichen Zivilprozess gezeigt hat, auch auf die Rechtsverfolgung gegenüber dem Verfahrensgegner ausgerichtet, da sie der Hauptpartei ermöglicht, dass der Dritte aus seiner Sphäre stammende Tatsachen- und Beweismittel in das Primärverfahren einbringt.<sup>808</sup> Der Hauptpartei kann diese Unterstützung für eine effektive Rechtsverfolgung ebenso wichtig sein, wie die Aussage von Zeugen oder die Gutachten von Parteisachverständigen.<sup>809</sup> Oder anders gewendet: Der Streitverkündungsempfänger gleicht in seiner Bedeutung für die Rechtsverfolgung der Hauptpartei nicht selten einem Sachverständigen, der Sachverstand kraft seiner materiellen Beteiligung am Gegenstand des Prozesses hat, bzw. einem Zeugen, dessen Verbindung zum Gegenstand des Prozesses nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich ist. Schließlich dient die Streitverkündung, wie gesehen, dazu, den Rechtsschutz gegenüber dem Dritten vorzubereiten und mit der Streitverkündungswirkung einen effektiven Rechtsschutz im Sekundärprozess zu sichern.<sup>810</sup>

Verglichen mit rechtsverfolgenden Maßnahmen, in denen die Vertraulichkeit aufgehoben ist, spricht viel dafür, auch für eine Streitverkündung und darauffolgende Intervention des Dritten eine Ausnahme zu machen – zumal nicht selten beide Schiedsparteien gleichermaßen in die Situation gelangen können, von der Möglichkeit zur Streitverkündung Gebrauch machen zu wollen.<sup>811</sup>

Gegen die Gleichstellung der Streitverkündung mit der Einbeziehung insbesondere von Zeugen und Sachverständigen könnte sich jedoch möglicherweise der Einwand richten, dass ein Streitverkündungsempfänger wegen seiner materiellen Beteiligung am Gegenstand des Prozesses *nicht irgendein* Dritter sei, sondern gerade ein besonders *interessierter*. Ist die Gefahr einer Offenlegung vertraulicher Informationen aus dem Schiedsverfahren durch den Streitverkündungsempfänger also möglicherweise besonders hoch, so könnte man argumentieren, müsse dem Geheimhaltungsinteresse der Vorzug gegeben werden und die Streitverkündung also ausgeschlossen sein. Allerdings: Zeugen sind häufig nicht weniger interessiert an den das Schiedsverfahren betreffenden Informationen als Streitverkündungsempfänger. Man denke nur an den Fall, dass ein mit dem Verfahrensgegner in Konkurrenz stehender Geschäftspartner der Hauptpartei als Zeuge verhört wird; der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft der Hauptpartei; oder sonstige Zeugen,

<sup>807</sup> S. zur Verjährungshemmung durch die Streitverkündung, die in dieser Arbeit nicht untersucht wird, nur oben § 1 II. (S. 32 f.).

<sup>808</sup> S. dazu oben § 3 II. (S. 103 ff.).

<sup>809</sup> Ebenso *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 620.

<sup>810</sup> S. dazu oben § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>811</sup> Ebenso *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 620.

die wegen ihrer tatsächlichen Verbindung zum Streitgegenstand im Übrigen nicht selten zugleich als potenzielle Streitverkündungsempfänger in Betracht kommen. Vor allem aber werden Zeugen unabhängig davon zugelassen und die Vertraulichkeit also unabhängig davon aufgehoben, ob ein Zeuge im Hinblick auf die Offenlegung der das Schiedsverfahren betreffenden Informationen eine besondere Gefahr darstellt. Dann aber kann es auch im Hinblick auf eine Streitverkündung nicht darauf ankommen, ob sie vertrauliche Informationen möglicherweise besonders gefährdet.<sup>812</sup>

Damit bleibt festzuhalten: Eine allgemeine Verpflichtung zur Vertraulichkeit steht einer Streitverkündung und darauffolgenden Intervention des Dritten nicht entgegen: Sie ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen wie eine Streitverkündung, die der Rechtsverfolgung dienen, von der Vertraulichkeit ausgenommen sind.

Vor einer missbräuchlichen Streitverkündung, die nur dazu dient, den Dritten im Schein der Rechtfertigung durch die Streitverkündung über das laufende Schiedsverfahren zu informieren, ist der Verfahrensgegner immerhin durch eine potenzielle Schadensersatzhaftung der Hauptpartei und deren abschreckende Wirkung geschützt: Denn existiert kein Streitverkündungsgrund – dies wäre in einem Haftungsprozess inzident zu prüfen –, existiert auch keine rechtfertigende Grundlage für die Hauptpartei, den Dritten durch Streitverkündung vom Schiedsverfahren zu informieren. Mit der Verkündung des Streits verletzt die Hauptpartei dann die Vertraulichkeitsverpflichtung, infolgedessen dem Verfahrensgegner insbesondere vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen können.<sup>813</sup> Wenn vereinbart,<sup>814</sup> kann die Verletzung der Vertraulichkeit zudem eine Vertragsstrafe auslösen.

#### bb) Einordnung von Vertraulichkeitsverpflichtungen in Schiedsordnungen: Insbesondere Art. 44 DIS-SchO

Vertraulichkeitsverpflichtungen in Schiedsordnungen sind in der Regel allgemein gehalten (vgl. etwa Art. 30.1 LCIA-SchO: „The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards [...] together with all materials in the arbitration [...]“; Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules), sodass sie eine Streitverkündung und darauffolgende Intervention des Dritten nach dem soeben Dargelegten ermöglichen. Sowohl Art. 30.1 LCIA-SchO als auch Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules sehen zudem

<sup>812</sup> Mit ähnlichen Gedanken, allerdings gestützt auf einen (weniger passenden) Vergleich des Dritten mit einem Prozessbevollmächtigten der Hauptpartei, *Markfort*, *Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit*, 1994, S. 67 f.

<sup>813</sup> Vgl. etwa *Haas*, FS Kaissis, 2012, S. 315, 325; *Kahlert*, *Vertraulichkeit*, 2015, S. 374 ff.; *M. Mann/Waschkowski*, *SchiedsVZ* 2024, 159, 161 f.; *Münch*, *ZZPInt* 20 (2015), 431, 439.

<sup>814</sup> Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Vertraulichkeitsverletzung ist aufgrund der schwierigen Beweisführung, ob und wenn ja, inwieweit durch die Vertraulichkeitsverletzung ein Schaden eingetreten ist, allgemein sinnvoll. Vgl. zu dieser Problematik *Münch*, *ZZPInt* 20 (2015), 431, 439; *Risse/Oehm*, *ZVglRWiss* 114 (2015), 407, 411; *Risse/Reichert*, *NJW* 2008, 3680, 3681.

explizit eine Ausnahme von der Vertraulichkeit für rechtsverfolgende Maßnahmen vor; die *practice note* der Swiss Rules sprechen sich insoweit explizit für die Zulässigkeit einer dadurch bedingten Verfahrensbeteiligung Dritter aus.<sup>815</sup>

Nach der gerade für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO bedeutsamen<sup>816</sup> DIS-SchO scheint eine Streitverkündung hingegen *prima facie* ausgeschlossen. Denn sie enthält in Art. 44.1 eine im internationalen Vergleich besonders strikte Regelung der Vertraulichkeit:<sup>817</sup> Art. 44.1 verpflichtet unter anderem die Schiedsparteien dazu, „über das Schiedsverfahren Stillschweigen gegenüber jedermann zu bewahren.“ Davon wird nach dem Wortlaut und der inneren Systematik gemäß Art. 44.2 DIS-SchO nur eine Ausnahme gemacht, soweit „eine Offenlegung aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Pflichten oder zur Vollstreckung oder Aufhebung des Schiedsspruchs notwendig ist.“ Näher besehen schließt jedoch auch Art. 44.1 DIS-SchO eine Streitverkündung nicht notwendigerweise aus. Denn es war schon zur ebenso strikten Vorgängerregelung des Art. 43.1 DIS-SchO 1998 anerkannt, dass ihr Wortlaut zu weit geraten ist und aufgrund berechtigter Offenbarungsinteressen einer Schiedspartei Ausnahmen von der Vertraulichkeit zu machen sind.<sup>818</sup> Vor diesem Hintergrund regelt auch Art. 44.2 DIS-SchO mögliche Ausnahmen von der Vertraulichkeit nicht abschließend.<sup>819</sup> Insbesondere demonstriert Art. 44.1 selbst, dass der Wortlaut noch immer zu weit ist: Die Schiedsparteien sind danach selbst daran gehindert, Zeugen oder Sachverständige zu kontaktieren – was aber selbstverständlich möglich sein muss und Art. 44.1 Satz 2 auch zu erkennen gibt, wenn er Zeugen und Sachverständige ganz beiläufig erwähnt.

*c) Fazit: Raum für die Streitverkündung im Schiedsverfahren,  
aber Klarstellungsbedarf*

Die Vertraulichkeit steht einer Streitverkündung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO grundsätzlich nicht entgegen: In den meisten Fällen, weil die Parteien keine Vertraulichkeit vereinbart haben, Schiedsordnungen nicht zur Vertraulichkeit verpflichten und eine Vertraulichkeit dem Schiedsverfahren nicht immanent ist. Und auch bei allgemein vereinbarter Vertraulichkeit nicht, da die Hauptpartei mit der Streitverkündung ihr berechtigtes Interesse an einer effektiven

---

<sup>815</sup> *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI), Swiss Rules of International Arbitration Practice Note, 2023 (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/03/Swiss-Rules-of-International-Arbitration-Practice-Note-27.03.2023.pdf>), Rn. 73 f.

<sup>816</sup> Auf Basis ihrer eigenen Erfahrung als zahlenmäßig „bevorzugte Verfahrensordnung“ bezeichnend *Pörnbacher/Lederer*, BB 2018, 707.

<sup>817</sup> *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow*, Art. 44 DIS-SchO Rn. 4; *Pörnbacher/Lederer*, BB 2018, 707, 712.

<sup>818</sup> *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow*, Art. 44 DIS-SchO Rn. 26; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 3507; *Oldenstam/Pachelbel*, SchiedsVZ 2006, 31, 35.

<sup>819</sup> *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow*, Art. 44 DIS-SchO Rn. 26.

Rechtsverfolgung bzw. -abwehr ausübt. Nicht zuletzt wegen der herrschenden Meinungslage zur Drittbeteiligung sollte die Partei, die möglicherweise von einer Streitverkündung im Schiedsverfahren Gebrauch machen möchte, nach Möglichkeit allerdings eine klarstellende Regelung in der Schiedsvereinbarung durchsetzen. Hierfür kann § 1 der „The Munich Rules“<sup>820</sup> als Vorbild dienen:

„§ 1 Grenzen der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens

Die Parteien sind befugt, Dritte, insbesondere Informanten, Zeugen und Sachverständige, mögliche Schuldner oder Gläubiger von Regressansprüchen sowie Behörden, Finanzmarktinstitutionen oder die Öffentlichkeit, über das schiedsrichterliche Verfahren und den zugrundeliegenden Sachverhalt zu informieren, soweit dies zur Durchsetzung oder zur Abwehr von Ansprüchen oder zur Erfüllung zwingender Berichtspflichten in Bezug auf solche Ansprüche erforderlich erscheint, die Gegenstand des Schiedsverfahrens sind oder einen Bezug zu solchen Ansprüchen haben können.“

### **3. Die streitverkündungsbedingte Schiedspflicht des Dritten gemessen am Öffentlichkeitsgrundsatz**

Neben der Vertraulichkeitsfrage im Parteienverhältnis wirft eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung die Frage auf, ob der Dritte durch sie unzulässigerweise einem öffentlichen Verfahren entzogen wird. Haben die Hauptpartei und der Dritte für den Sekundärprozess ein gleichfalls nicht öffentliches Schiedsverfahren vereinbart (Konstellation II), ist die streitverkündungsbedingte Beschränkung der Öffentlichkeit von vornherein unproblematisch. Denn der Dritte hat dann insgesamt für das vom Streitverkündungsgrund betroffene Rechtsverhältnis zur Hauptpartei auf ein öffentliches Verfahren verzichtet.

Anders erscheint es auf den ersten Blick, wenn das Sekundärverfahren ein öffentlicher (vgl. § 169 GVG, Art. 2 EGGVG) staatlicher Zivilprozess ist (Konstellation I). Der Dritte ist dann durch die Streitverkündungswirkung im Ergebnis teilweise einem grundsätzlich nichtöffentlichen Verfahren ausgesetzt. Näher besehen verletzt dies den individualschützenden Gehalt des Öffentlichkeitsgrundsatzes jedoch nicht. Denn sowohl das arbitrale Primärverfahren als auch das staatliche Sekundärverfahren bieten hinreichend Öffentlichkeit dafür, dass dem arbitralen Spruchkörper effektiv „auf die Finger gesehen“ und der Dritte so vor einer Geheimjustiz geschützt wird: Auch im arbitralen Primärverfahren gilt der Öffentlichkeitsgrundsatz, wie gesehen,<sup>821</sup> immer dann, wenn ein staatliches Gericht anlässlich des Schiedsverfahrens tätig wird. Der Dritte kann so im Rahmen seiner akzessorischen Prozessführungsbefugnis insbesondere die Letztentscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen besorgter Unparteilichkeit einem öffentlichen staatlichen Verfahren zuführen (§§ 1037 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1, 1062 Abs. 1 Nr. 1

---

<sup>820</sup> S. unter <https://www.wachundmeckes.com/de/the-munich-rules> und zur Begründung *K. J. Wach*, *SchiedsVZ* 2020, 228, 237.

<sup>821</sup> S. dazu oben § 4 V. 1. a) (S. 179).

ZPO) und Zweifel an der Integrität der Entscheidungsfindung im ebenso öffentlich geführten Aufhebungsverfahren geltend machen (insbesondere durch die Aufhebungsgründe der § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d), Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO).

Zusätzlicher Schutz kommt dem Dritten im staatlichen Sekundärverfahren zu: Bestreitet er die Richtigkeit der Feststellungen des Schiedsgerichts, hat das staatliche Sekundärgericht in jedem Fall eine Plausibilitätskontrolle inklusive möglicherweise nötiger vorweggenommener Beweiswürdigung vorzunehmen und dazu umfassend die Verfahrensakten und das Protokoll des Primärverfahrens heranzuziehen. Bei konkreten Zweifeln an der Integrität der Entscheidungsfindung wird das Sekundärgericht sodann einen generellen Vorbehalt wegen nicht effektiven Rechtsschutzes<sup>822</sup> gegen die Streitverkündungswirkung gewähren müssen.

Die vorgenannten Schutzmechanismen schließen demnach effektiv aus, dass der Dritte mit für ihn negativen Konsequenzen einer Geheimjustiz ausgeliefert wird. Die streitverkündungsbedingte Einlassung im Schiedsverfahren beschränkt mithin zwar teilweise die Öffentlichkeit des dem Dritten gewährten Rechtsschutzes – allerdings nur in einem Maß, das den individualschützenden Gehalt des Öffentlichkeitsgrundsatzes wahrt. Mit anderen Worten: Effektiv bleibt der Rechtsschutz des Dritten öffentlich und andersherum wird sein Rechtsschutz durch die streitverkündungsbedingte teilweise Beschränkung der Öffentlichkeit nicht weniger effektiv. Schließlich ist nicht geboten, das arbitrale Primärverfahren über den individualschützenden Mindestumfang hinaus öffentlich zu führen, denn das Schiedsverfahren ist anders als der staatliche Zivilprozess gerade nicht demokratisch zu legitimieren.<sup>823</sup>

In der Konsequenz sind auch die Gewährleistungen der Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 47 Abs. 2 Satz 1 GRCh gewahrt: Ihre Garantien sind darauf ausgerichtet, effektiven Rechtsschutz zu gewähren.<sup>824</sup> Nimmt man vor diesem Hintergrund zusammen, dass die primäre Rechtsschutzgewährung im Sekundärprozess uneingeschränkt öffentlich bleibt und die vorgenannten Schutzmechanismen im Primär sowie Sekundärverfahren die individualschützende Funktion der Verfahrensöffentlichkeit erfüllen, dann erscheint es nicht angemessen, die Zulässigkeit der mittelbaren Schiedspflicht von einer Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2; Art. 52 Abs. 1 GRCh abhängig zu machen. Die streitverkündungsbedingte Beschränkung der Öffentlichkeit ist daher bereits nicht als ein Eingriff in die Öffentlichkeit der Art. 6 Abs. 1 Satz 1; 47 Abs. 2 GRCh einzustufen. Mit dem Wortlaut der dürfte dies vereinbar sein, der ohnehin auf die Gewährung unmittelbaren klageweisen Rechtsschutzes zugeschnitten ist (Art. 6 Abs. 1 EMRK: „Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“

<sup>822</sup> S. zum Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) und eingehend unten § 5 (S. 235 ff.).

<sup>823</sup> S. dazu bereits oben § 4 V. 1. a) (S. 179) sowie *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 266; *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2, 9 f.

<sup>824</sup> S. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 1; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 696 ff. Zu Art. 47 GRCh EuGH ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 29 – *DEB*; *Calliess/Ruffert/Blanke*, Art. 47 GRCh Rn. 1; *Meyer/Hölscheidt/Eser/Kubiciel*, Art. 47 GRCh Rn. 11 (mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung); *Streinz/Streinz*, Art. 47 GRCh Rn. 7.



sowie in den verbindlichen Sprachfassungen „In the determination of his civil rights and obligations“ bzw. „Toute personne a droit à ce que sa cause“).

## VI. Die Garantie des gesetzlichen Richters

In der Literatur<sup>825</sup> findet sich verbreitet die Aussage, mit einer Streitverkündung im Schiedsverfahren würde „der Streitverkündete seinem gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen“<sup>826</sup> werden.<sup>827</sup> Der gesetzliche Richter werde entzogen:

a) weil ein Schiedsgericht, ohne die Zustimmung des Dritten, diesem gegenüber aufgrund der Streitverkündungswirkung bindende Feststellungen trifft;<sup>828</sup> sowie

b) weil der Dritte keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts hatte.<sup>829</sup>

---

<sup>825</sup> Nicht dagegen in der Rechtsprechung: Zwar wird verbreitet behauptet, der Bundesgerichtshof habe die Wirksamkeit einer Streitverkündung im Schiedsverfahren in seiner Grundsatzentscheidung in ZZZ 79 (1966), 121 auch auf einen Entzug des gesetzlichen Richters gestützt abgelehnt. Diese Behauptung trifft jedoch nicht zu – sie beruht auf einem frühen und seither tradierten Missverständnis (s. unten § 4 VI. 1. (S. 191 ff.)).

<sup>826</sup> *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 47.

<sup>827</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91; *Elsing*, FS Wegen, 2015, S. 615, 619; *Salger/Trittmann/Elsing*, § 9 Rn. 12; *Gharibian/Pieper*, BB 2018, 387, 388; *Habscheid*, ZZZ 79 (1966), 124, 125; *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2014, S. 135; *Massuras*, Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 505; *W. Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 114; *Schäfer/Schäfer*, FS Triebel, 2021, S. 265, 270; *Theune*, SchiedsVZ 2024, 68, 69; wohl auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 23; a. A. *K.J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 620 f.

<sup>828</sup> Deutlich hervortretend bei *Habscheid*, ZZZ 79 (1966), 124, 125: „Der Dritte, dem der Streit verkündet wurde, hat sich nicht dem Schiedsvertrag unterworfen [...]. Er würde dem gesetzlichen Richter entzogen, wenn gegen seinen Willen die Interventionswirkung eintreten könnte.“ sowie *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 47: „Würden an die Streitverkündung gegenüber einer Partei, die nicht Partei der Schiedsvereinbarung ist, irgendwelche für diese nachteiligen Rechtsfolgen geknüpft, käme dies einem Vertrag zu Lasten Dritter gleich, mit der der Streitverkündete seinem gesetzlichen Richter entzogen würde.“

<sup>829</sup> Deutlich hervortretend bei *Habscheid*, ZZZ 79 (1966), 124, 125: „Der Dritte [...] hatte keinen Einfluß auf die Besetzung des Schiedsgerichts.“ sowie *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 91: „Dies geht auch schon deshalb nicht, weil [...] er [Anm. des Verf.: der Dritte] an die Entscheidung eines Schiedsgerichts gebunden wäre, auf dessen Zusammensetzung er keinen Einfluss hatte.“



## 1. Kein Gehalt der Garantie: Das Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit

Die Garantie des gesetzlichen Richters ist über ihre historischen Wurzeln – dem Schutz vor einer „Kabinettsjustiz“<sup>830</sup> – hinausgewachsen und verfolgt nach heute einhelligem Verständnis als zentrale Regelung des objektiven Verfassungsrechts<sup>831</sup> den Zweck, den zur Entscheidung berufenen *Spruchkörper bei dessen Zusammensetzung vor sachfremden Einflüssen* von jeder Seite zu schützen (formeller Gehalt)<sup>832</sup> und auch nach der Konstituierung, während des gesamten Verfahrens, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der zur Entscheidung berufenen Richter zu gewährleisten (materieller Gehalt)<sup>833</sup>. Beides dient dazu, im Generellen die Rechtsstaatlichkeit rechtsprechender Tätigkeit zu sichern.<sup>834</sup>

Damit bezieht sich der Gehalt der Garantie auf den *Binnenbereich* rechtsprechender Tätigkeit. Genauer: *auf den Binnenbereich staatlicher Gerichtsbarkeit*. Denn der gesamte IX. Abschnitt des Grundgesetzes adressiert ausweislich des einleitenden Art. 92 GG nur die „rechtsprechende Gewalt“ und damit nur *Staatsgewalt* (s. auch Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>835</sup> Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist damit nicht Adressat der Garantie des gesetzlichen Richters. Auch bezieht sich die Garantie des gesetzlichen Richters in der Konsequenz anerkanntermaßen *nicht auf das Verhältnis von Gerichtsbarkeiten zueinander*.<sup>836</sup> Ihr Gehalt ist also nicht, die Entscheidung durch staatliche Gerichte zu gewährleisten, bzw. sicherzustellen, dass nicht-staatliche Gerichte nur bei freiwilliger Unterwerfung unter ihre Gerichtsbarkeit entscheiden dürfen. Der aus dem Zuschnitt folgende Umstand, dass Schiedsrichter

<sup>830</sup> S. zu diesen (jüngeren) Ursprüngen eingehend BonnerKo-GG/*Ipsen*, Art. 101 Rn. 9 ff.; *Müßig*, Recht und Justizhoheit, 2. Aufl. 2010, insbesondere S. 298 ff.

<sup>831</sup> BVerfGE 40, 356 Rn. 14; BVerfGE 138, 64 Rn. 67.

<sup>832</sup> S. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur BVerfGE 17, 294, 299; BVerfGE 48, 246, 254; BVerfGE 82, 286, 296; BVerfGE 95, 322, 327; zuletzt BVerfG NJW 2018, 1155 Rn. 16; Sachs/*Degenhart*, Art. 101 Rn. 5; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, Art. 101 Rn. 4; *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 70; *Träger*, FS Zeidler, 1987, S. 123, 124.

<sup>833</sup> BVerfGE 4, 412, 416; BVerfGE 10, 200, 213 f.; BVerfGE 21, 139; BVerfG NJW 2007, 3771, 3772; BVerfG NJW 2012, 2334, 2335; BVerfGE 148, 69 Rn. 69; Sachs/*Degenhart*, Art. 101 Rn. 1; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, Art. 101 Rn. 85 ff.

<sup>834</sup> BVerfGE 40, 356 Rn. 14; BVerfGE 138, 64 Rn. 67; Sachs/*Degenhart*, Art. 101 Rn. 1; BonnerKo-GG/*Ipsen*, Art. 101 Rn. 32; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, Art. 101 Rn. 1; *Träger*, FS Zeidler, 1987, S. 123, 124.

<sup>835</sup> Deutlich BAG NJW 1968, 317, 318; *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 4; *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 28 f.; zudem Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber*, Art. 92 Rn. 90; Jarass/*Pieroth/Kment*, Art. 92 Rn. 6; BeckOK-GG/*Morgenthaler*, Art. 92 Rn. 32.

<sup>836</sup> Dies ist in der Literatur zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG unbestritten. Deziert *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 5; *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 70. Spezifisch im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 117.

keine gesetzlichen Richter im Sinne der Art. 92, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 Satz 2 GG darstellen,<sup>837</sup> darf somit keineswegs missverstanden werden. Das bedeutet: So wenig ein Schiedsrichter gesetzlicher Richter ist,<sup>838</sup> so wenig kann der Umstand, dass ein Schiedsgericht anstatt eines staatlichen Gerichts entscheidet, den gesetzlichen Richter entziehen.

Die herrschende, oben (§ 4 VI. (S. 191 f.)) unter a) referierte These, die Entscheidung durch ein Schiedsgericht *anstelle* eines staatlichen Gerichts entziehe dem Dritten seinen gesetzlichen Richter, zielt jedoch gerade auf das Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit ab. Sie ist insofern zu verwerfen, da im Kontext der Garantie des gesetzlichen Richters deplatziert. Das Verhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zur Schiedsgerichtsbarkeit betrifft stattdessen den Justizgewähranspruch sowie den diesen teilweise überlagernden Gehalt der prozessualen Privatautonomie.<sup>839</sup> In diesem Kontext zielt die These auf die berechnete Frage ab, ob die Privatautonomie und der Justizgewähranspruch des Dritten gebieten, dass eine Streitverkündung im Schiedsverfahren nur bei dessen Zustimmung Bindungswirkungen entfalten kann. Diese Frage war zu verneinen.<sup>840</sup>

Die These unter a) dürfte im Übrigen nicht ganz unwahrscheinlich auf ein Missverständnis der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs in ZZP 79 (1966), 121 zurückgehen. Der Bundesgerichtshof hatte in der Entscheidung, der eine klassische Regresskonstellation zugrunde lag, eine Streitverkündung im Schiedsverfahren ohne Zustimmung des Dritten für unzulässig erklärt und dies damit begründet:<sup>841</sup> Der Streitverkündungsempfänger habe dadurch, dass er für das Regressverhältnis keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, zum Ausdruck gebracht, dass er eine „unbeschränkte Nachprüfung etwaiger eigener Streitigkeiten [...] durch das ordentliche Gericht wünscht.“ Er handele damit „nicht arglistig, wenn er sich auf dieses jedem Staatsbürger grundsätzlich zustehende Recht beruft.“ Damit adressiert der Bundesgerichtshof treffenderweise die Frage nach dem Justizgewähranspruch. Weder aber erwähnt er die Garantie des gesetzlichen Richters, noch sieht er sie durch eine Streitverkündung im Schiedsverfahren entzogen. Dieses Missverständnis hatte sich zuerst in der Entscheidungsbesprechung von *Habscheid*<sup>842</sup> eingeschlichen und findet sich seither<sup>843</sup>.

<sup>837</sup> Marx, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 5; Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 28 f. mit Fn. 12; Sachs/Degenhart, Art. 101 Rn. 8; BonnerKo-GG/Ipsen, Art. 101 Rn. 46; Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel, Art. 101 Rn. 30.

<sup>838</sup> Marx, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 5; Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 28 f. mit Fn. 12; Sachs/Degenhart, Art. 101 Rn. 8; BonnerKo-GG/Ipsen, Art. 101 Rn. 46; Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel, Art. 101 Rn. 30.

<sup>839</sup> Deziert Marx, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 5. S. zum Verhältnis des Justizgewähranspruch und der Privatautonomie in diesem Zusammenhang oben § 4 II. (S. 162 ff.).

<sup>840</sup> S. zur Privatautonomie oben § 4 I. 2. (S. 139 ff.) sowie zum Justizgewähranspruch oben § 4 II. (S. 162 ff.).

<sup>841</sup> BGH ZZP 79 (1966), 121, 124.

<sup>842</sup> Habscheid, ZZP 79 (1966), 124, 125.

<sup>843</sup> So etwa bei Wagner, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 47 Fn. 145.

## 2. Das Gebot paritätischer Mitwirkung als Äquivalent zum gesetzlichen Richter in der Schiedsgerichtsbarkeit

Die Garantie des gesetzlichen Richters ist jedoch nicht Selbstzweck. *Sie ist Mittel zum Zweck*, denn sie verfolgt ein übergeordnetes Ideal. Das Ideal der *Neutralität rechtsprechender Tätigkeit*. Dieses Ideal folgt unmittelbar aus ihrer Funktion – Recht zu sprechen: Ein Richterspruch, der nicht neutral ist, erfüllt diese Funktion nicht, denn er erkennt nicht auf der Grundlage von Recht, sondern auf Grundlage persönlicher Neigung, ideologischer Gesinnung etc. Die Neutralität des Richterspruchs ist demnach Sachgesetz rechtsprechender Tätigkeit.<sup>844</sup>

Dass die Garantie des gesetzlichen Richters Mittel zur Neutralität *staatlicher* rechtsprechender Tätigkeit ist, tritt mit Blick auf ihren Gehalt deutlich hervor: Den zur Entscheidung berufenen Spruchkörper bei dessen Zusammensetzung vor sachfremden Einflüssen von jeder Seite zu schützen,<sup>845</sup> zielt auf die Konstituierung eines Spruchkörpers ab, der *aus der konstituierungsbezogenen ex ante-Prognose* allein auf der Grundlage von Recht entscheidet und damit allen vom Richterspruch Betroffenen neutral gegenübersteht. Der dahinter stehende materielle Gehalt gebietet sodann die Neutralität eines jeden zur Entscheidung berufenen Richters auch nach der Konstituierung für das gesamte Verfahren<sup>846</sup> – verwirklicht durch das Instrument der Ausschließung und Ablehnung von Richtern<sup>847</sup>.

Als Sachgesetz rechtsprechender Tätigkeit beherrscht das Ideal der Neutralität zwingend auch die Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>848</sup> Und für die Phase nach der Konstituierung gewährleistet das Instrument der Schiedsrichterablehnung nach §§ 1036 f.

<sup>844</sup> Dezidiert BGHZ 98, 70, 72; zudem BGHZ 51, 255, 258 f.; BVerfGE 3, 377, 381; BVerfGE 4, 331, 346; BVerfGE 14, 56, 69; BGH SchiedsVZ 2012, 154 Rn. 6; OLG Frankfurt a. M. SchiedsVZ 2017, 150, 153; *Albers*, Der parteibestellte Schiedsrichter, 1995, S. 28 ff.; *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 130; *Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968, S. 117; MüKo-ZPO/Münch, § 1036 Rn. 1; wohl auch *Karl*, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, 2004, S. 40; zum österreichischen Recht *Fasching*, FS Frotz, 1993, 769.

<sup>845</sup> S. oben § 4 VI. 1. (S. 192 ff.) sowie dort Fn. 832.

<sup>846</sup> S. oben § 4 VI. 1. (S. 192 ff.) sowie dort Fn. 833.

<sup>847</sup> S. etwa BVerfG NJW 2005, 3410, 3411; BVerfG NJW 2007, 3771, 3772.

<sup>848</sup> Dies ist seit langem anerkannt. Dezidiert zuletzt das Bundesverfassungsgericht im Fall „Pechstein“: BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 53. Grundlegend zudem BGHZ 51, 255, 258 f.; BGHZ 54, 392, 395 f.; BGH SchiedsVZ 2012, 154 Rn. 6; *Albers*, Der parteibestellte Schiedsrichter, 1995, S. 56; Zöller/*Geimer*, § 1034 Rn. 9; *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 130; Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1034 Rn. 29; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 37; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 2; wohl auch *Karl*, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, 2004, S. 40. Aus internationaler Perspektive *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 1890 ff. Dazu, dass für sämtliche Schiedsrichter des entscheidenden Spruchkörpers zu fordern ist, m. w. N. eingehend *Angoura*, Impartiality and Independence of Arbitrators, 2020, S. 61 ff.

ZPO die Neutralität des Spruchkörpers auch gleichermaßen wie die entsprechenden Instrumente in der staatlichen Gerichtsbarkeit.

Hingegen wird *konstituierungsbezogene* Neutralität in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht durch den gesetzlichen Richter gewährleistet: Zum einen, weil die Verfassung den gesetzlichen Richter lediglich zum Mittel für die staatliche Gerichtsbarkeit gemacht hat. Und zum anderen, weil das Mittel eines *a priori* gesetzlich (möglichst) determinierten Richters naturgemäß nicht in Betracht kommt, wenn und weil die Konstituierung des Spruchkörpers in die Hände der Schiedsparteien gelegt ist (vgl. §§ 1034 Abs. 1 Satz 1, 1035 Abs. 1 ZPO). Das Mittel des gesetzlichen Richters ist davon abgesehen auch nicht erforderlich. Denn, wenn den Schiedsparteien die Richter wählen, die über ihre Sache zu entscheiden haben, ist die Gefahr *externer* sachfremder Einflüsse auf die Neutralität des Spruchkörpers auf annäherungsweise null reduziert. Stattdessen ist für die Neutralität des Spruchkörpers eine neue Gefahrenquelle geschaffen: Eine Schiedspartei wird stets den Schiedsrichter wählen, der nach ihrer Prognose am ehesten ihrem Rechtsschutzziel entspricht.<sup>849</sup> Die Neutralität des Spruchkörpers ist in der Schiedsgerichtsbarkeit somit konzeptionell (d.h. abstrakt) gefährdet, weil *die Schiedsparteien* möglicherweise sachfremden Einfluss auf seine Konstituierung ausüben.<sup>850</sup>

Um die Neutralität des Spruchkörpers *konstituierungsbezogen* auch im Schiedsverfahren zu gewährleisten, muss vor diesem Hintergrund ein anderes Mittel dienen. Dieses Mittel ist das *Gebot paritätischer Beteiligung der Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichts*, das sich als unerlässlicher konstituierungsbezogener Grundsatz etabliert hat<sup>851</sup>: Sind die Kräfte bei der Konstituierung des Schiedsgerichts ungleich verteilt, ist *eo ipso* dessen Neutralität bedroht.<sup>852</sup> Andersherum gibt es kein besseres Mittel, um aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Brille die

<sup>849</sup> Liebscher, FS Delle Karth, 2013, S. 593, 594; Lotz, AnwBl 2002, 202, 206; Mankowski, SchiedsVZ 2004, 304, 309.

<sup>850</sup> Karl, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, 2004, S. 2; MüKo-ZPO/Münch, § 1036 Rn. 1.

<sup>851</sup> S. zum deutschen Schiedsverfahrensrecht etwa BGH DNotZ 1996, 694, 698 – Schiedsfähigkeit I; Zöller/Geimer, § 1029 Rn. 42; Habscheid, NJW 1962, 5, 6 ff.; Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968, S. 192 ff.; Koussoulis, ZJP 107 (1994), 195, 197 f.; Markfort, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 105 ff.; Mas-suras, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 315; MüKo-ZPO/Münch, § 1034 Rn. 2; Nicklisch, FS Glossner, 1994, S. 221, 228; Stein/Jonas/Schlosser, § 1034 Rn. 27; Schlosser, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 563 ff., 431 ff.; Schwab, BB Beilage 15/1992, 17, 18; Musielak/Voit/Voit, § 1034 Rn. 1. Aus einem internationalen Blickwinkel Bellet, RevArb 1981, 50, 58; Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2811 f.; s. zudem die berühmte Dutco-Entscheidung der Cour de Cassation (BKMI et Siemens v. Société Dutco, Revue de l'arbitrage 1992, 470 ff. = BB Beilage 15/1992, 27), auf die an späterer Stelle noch einzugehen sein wird (unten § 4 VI.3.d) (S. 208 ff.)).

<sup>852</sup> Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968, S. 192; Liebscher, FS Delle Karth, 2013, S. 593 ff.; Stein/Jonas/Schlosser, § 1034 Rn. 28.

Neutralität des Spruchkörpers zu gewährleisten.<sup>853</sup> Denn die Wahl eines Einzelschiedsrichters kommt nur zustande, wenn alle Parteien an dessen Neutralität glauben. Und besteht das Schiedsgericht aus mehreren parteibenannten Schiedsrichtern, neutralisiert eine paritätische Beteiligung mögliche Zweifel hinsichtlich der Neutralität der parteibenannten Schiedsrichter jedenfalls im Hinblick auf den Spruchkörper als Gesamtheit.<sup>854</sup> 1. Bei gerader Besetzung<sup>855</sup> dadurch, dass sich die Schiedsrichter in ihrem Urteil einig werden müssen, sowie, 2. bei ungerader Besetzung dadurch, dass der zu bestellende vorsitzende Schiedsrichter entweder durch eine neutrale Stelle oder – wiederum paritätisch – durch die parteibenannten Schiedsrichter gewählt wird. Im deutschen Schiedsverfahrensrecht manifestiert sich der Grundsatz konstituierungsbezogener Parität (vor allem) in § 1034 Abs. 2 ZPO – worauf an späterer Stelle noch zurückzukommen sein wird.<sup>856</sup>

Damit bleibt festzuhalten: Wie der gesetzliche Richter dem Ideal der Neutralität rechtsprechender Tätigkeit *konstituierungsbezogen* für das staatliche Verfahren dient, so dient diesem Ideal im Schiedsverfahren das Gebot, dass die Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichts paritätisch mitwirken können.

### 3. Das Gebot zur Mitwirkung des Dritten an der Bestellung des Schiedsgerichts

Aus dem Sachgesetz der Neutralität folgt, dass bei einer Streitverkündung im Schiedsverfahren auch dem Dritten gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers bereits konstituierungsbezogen gewährleistet sein muss.<sup>857</sup> Denn über die Streitverkündungswirkung trifft das Schiedsgericht auch diesem gegenüber Feststellungen und spricht insofern Recht. Die eingangs, oben (§ 4 VI. (S. 191 f.)) unter b) referierte These – dem Streitverkündungsempfänger werde sein gesetzlicher Richter entzogen, weil er keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts hatte – ist somit zwar deplatziert: Es ist nicht der gesetzliche Richter, an dem die Konstituierung des Schiedsgerichts zu messen ist. Zudem greift die These zu kurz, denn es ist durchaus möglich, dass der Streitverkündungsempfänger an der Konstituierung des Schiedsgerichts mitwirkt. Jedoch zielt die These auf eine berechtigte Frage ab: Wie muss die Konstituierung des Schiedsgerichts ausgestaltet sein, damit dem Streitverkündungsempfänger gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers

<sup>853</sup> *Habscheid*, NJW 1962, 5, 9; *Lotz*, AnwBl 2002, 202, 206; *Nacimiento/Abt/Stein*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, § 1034 Rn. 3; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1034 Rn. 30.

<sup>854</sup> Vgl. etwa *Zöller/Geimer*, § 1034 Rn. 9; *Habscheid*, NJW 1962, 5, 9; *Lotz*, AnwBl 2002, 202, 206.

<sup>855</sup> Die in der Praxis freilich kaum vorkommt.

<sup>856</sup> Unten § 4 VI. 3. b) (S. 199 ff.).

<sup>857</sup> A. A. *Massuras*, Mehrparteienchiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 521 f., der dem Streitverkündungsempfänger eine konstituierungsbezogene, abstrakte Gefährdung der Neutralität des Spruchkörpers zumutet und das Gebot der Überparteilichkeit nur bei Vorliegen einer konkreten Verletzung der Neutralität als nicht erfüllt erachtet.

gewährleistet ist? Konkret: Muss der Dritte an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken können und wenn ja, wie?

Der bisherige Diskurs geht davon aus, dass der intervenierende Dritte an der Konstituierung nicht mitwirken können muss.<sup>858</sup> Der Diskurs bezieht sich jedoch von vornherein nicht auf die hier untersuchte Frage. Denn er geht vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus, dass der Dritte der Streitverkündung zustimmen muss und legt in der Folge für das Problem der Schiedsrichterbestellung zugrunde, dass der Dritte auch tatsächlich zugestimmt hat. Der legitimierende Faktor der Zustimmung liegt auf der Hand: Ist der Dritte mit dem Bestellungsverfahren oder der konkreten Schiedsrichterbestellung nicht einverstanden, insbesondere weil er besorgt, dass ein Schiedsrichter seiner Rechtsstellung nicht neutral gegenübersteht, dann wird er der Streitverkündung schlicht nicht zustimmen. Vom hier zugrunde gelegten Standpunkt aus, dass der Dritte der Streitverkündung nicht zugestimmt hat und – wie es sich bisher abzeichnet – auch prinzipiell nicht zustimmen muss, könnte die Frage hingegen anders zu beantworten sein.

#### *a) Die Abhängigkeit von einer Gefährdung der Neutralität*

Aus dem Gebot, die Neutralität des Spruchkörpers aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Brille zu gewährleisten, folgt in Deduktion zunächst: Eine Mitwirkung des Streitverkündungsempfängers an der Bestellung des Schiedsgerichts ist dann – *und nur dann* – geboten, wenn ohne seine Mitwirkung die Neutralität des Spruchkörpers nicht gewährleistet ist. Das ist in der Schiedspraxis freilich regelmäßig der Fall: Besteht das Schiedsgerichts aus einem oder mehreren Schiedsrichtern, die von den Parteien zu benennen sind, sichert die gebotene paritätische Beteiligung der Schiedsparteien die Neutralität des Spruchkörpers aus der prognostischen *ex ante*-Perspektive *in ihrem Verhältnis zueinander* bestmöglich.<sup>859</sup> Dem Dritten gegenüber ist die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines von den Parteien bestellten Schiedsgerichts hingegen keineswegs gewährleistet. Im Gegenteil besteht besonders die Gefahr, dass die Hauptpartei oder gar beide Schiedsparteien kollusiv bei der Schiedsrichterbestellung das Ziel verfolgen, den Weg für einen Regress gegen den Dritten vorzubereiten.

Ein praktischer Fall könnte wie folgt aussehen: Auf einer Baustelle kommt es zu Schäden, weil der Bauunternehmer U das vom Lieferanten L verwendete Material nicht fachmännisch verbaut hat. Weil U und Bauherr B jedoch eine Freundschaft pflegen und öfters zusammen Bauprojekte führen, wollen sie die Verantwortung für die Schäden dem L in die Schuhe schieben, indem sie im primären Schiedsverfahren die Feststellung der Ursache auf einen Materialfehler hinlenken.

<sup>858</sup> S. etwa Geimer, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 88; Geimer, LA Hay, 2005, S. 163, 167; Markfort, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 70; Mas-suras, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 479; Mohrbutter, KTS 18 (1957), 33; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 10 Rn. 16.

<sup>859</sup> S. dazu soeben § 4 VI. 2. (S. 194 ff.).

In diesem Fall mag es sein, dass die Hauptpartei und der Verfahrensgegner gegenüber dem Dritten einen ihrem Feststellungsziel gewogenen Schiedsrichter benennen oder gar zusammen mit einem eingeweihten Schiedsrichter das Verfahren in einem „abgekarteten Spiel“ zum Schauprozess machen, mit dem Ziel, letztendlich den Dritten über die Streitverkündungswirkung in die Verantwortung zu nehmen.

Institutionelle Schiedsordnungen sehen verbreitet vor, dass Schiedsrichter förmlich nur durch die Schiedsinstitution bestellt werden (Art. 13.1–13.3 DIS-SchO; Art. 5.7 LCIA-SchO) oder jedenfalls deren Bestellung bestätigt werden muss (Art. 13 ICC-SchO; Art. 19 VIAC-SchO). Dies hat zwar das Potenzial, die Gewähr der Neutralität des Schiedsgerichts gegenüber dem Dritten zu erhöhen. Jedoch wird das Potenzial nur von manchen Schiedsordnungen genutzt: Für Verfahren nach der ICC-SchO es ist vom Sinn und Zweck der genannten Regelungen gerade nicht umfasst, die benannten Schiedsrichter auf ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit hin zu prüfen.<sup>860</sup> Anders ist dies zwar in Verfahren nach der DIS-, LCIA- sowie VIAC-SchO, in denen der Schiedsgerichtshof die Unabhängigkeit prüft und bei berechtigten Zweifeln die Bestellung der Nominierten ablehnt (Art. 5.1 LCIA-SchO; Art. 19 Abs. 4 VIAC-SchO; Art. 13.2 DIS-SchO hat – wenn auch nicht explizit – dieselbe Funktion<sup>861</sup>). Aber auch in diesem Fall verbleibt ein nicht unerhebliches Restrisiko, dass sachfremde Einflüsse auf den so bestellten bzw. bestätigten Schiedsrichter nicht aufgedeckt werden. Denn die Schiedsinstitution wird ihrer Prüfung regelmäßig nur die Aussage des Schiedsrichterkandidaten über seine frühere, gegenwärtige und zukünftige Beziehung zu den Schiedsparteien zugrunde legen (vgl. Art. 5.4 LCIA-SchO; Art. 16 Abs. 3, 4 VIAC-SchO).

Die Neutralität des Spruchkörpers ist gegenüber dem Dritten weiter dann gefährdet, wenn die Parteien die Bestellung des Schiedsgerichts durch eine dritte Person oder Institution vereinbart haben und die Gefahr besteht, dass die Schiedsparteien auf die durch diese Person oder Institution getroffene Wahl einen bestimmenden Einfluss haben.

Beispiel: Zwei Tochterunternehmen aus einem Konzern haben in ihrer Schiedsklausel vereinbart, dass das Schiedsgericht durch den Vorstand des Mutterunternehmens benannt wird. Verkündet nun ein Tochterunternehmen im Schiedsverfahren seinem Lieferanten den Streit, ist nicht auszuschließen, dass jedenfalls beide Tochterunternehmen gemeinsam bestimmenden Einfluss auf die Wahl des Schiedsgerichts durch den Vorstand nehmen können.

Anders liegt der Fall nur, wenn der oder die Schiedsrichter durch eine Person oder Institution ausgewählt werden, *die gesichert als neutral gelten kann*. Dazu sind insbesondere die Bestellung des Schiedsgerichts durch eine der etablierten

<sup>860</sup> Für die ICC-SchO verdeutlicht dies für eine Ernennung/Bestätigung durch den Gerichtshof der abschließende Prüfungskatalog des Art. 13 Abs. 1. Und für eine Bestätigung durch den Generalsekretär folgt dies daraus, dass zur Bestätigung allein die (uneingeschränkte) Erklärung des Schiedsrichters darüber vorgesehen ist, unabhängig und unparteiisch zu sein.

<sup>861</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Hauser/Sawang, Art. 13 DIS-SchO Rn. 19 ff.



Schiedsinstitutionen oder – was die Schiedsparteien ebenfalls vereinbaren können<sup>862</sup> – unmittelbar durch ein staatliches Gericht zu zählen. Eine konstituierungsbezogene Gefährdung der Neutralität des Spruchkörpers ist in diesen Fällen annähernd ausgeschlossen. Es ist daher auch nicht geboten, dass der Streitverkündungsempfänger an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken kann.

Diese ratio liegt auch der bekannten Schiedsfähigkeit II-Entscheidung zugrunde: Der Bundesgerichtshof zählte zu den für die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten zu erfüllenden Mindestvoraussetzungen, dass sämtliche Gesellschafter an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können müssen – „sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt.“<sup>863</sup>

In der Praxis werden die Schiedsrichter zwar überwiegend durch die Parteien ausgewählt. Der Auswahl (und Bestellung) durch eine gesichert neutrale Stelle kommt jedoch, je nach Schiedsort, anwendbarer Verfahrensordnung und Zusammensetzung des Schiedsgerichts, ebenfalls eine große Bedeutung zu: Beispielsweise ist eine Auswahl der Schiedsrichter in Verfahren nach der LCIA-SchO insgesamt der Regelfall<sup>864</sup> und in 77 % aller in den Jahren von 2007–2011 bei der ICC eingegangenen Streitigkeiten wurde der Einzelschiedsrichter durch den ICC-Gerichtshof ernannt.<sup>865</sup>

Die Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung ist mithin von vornherein (nur) geboten, wenn und weil der Spruchkörper entweder durch die Schiedsparteien oder eine ihm gegenüber nicht gesichert neutrale Person bzw. Institution ernannt wird.

#### *b) Nicht ausreichend: Die Schiedsrichterablehnung*

Aber auch in einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob es zur Gewähr der Neutralität wirklich notwendig und also geboten ist, dass der Dritte an der Konstituierung mitwirken darf. Denn immerhin kann der beigetretene Streitverkündungsempfänger im Rahmen seiner zur Hauptpartei akzessorischen Prozessführungsbezugnis die Ablehnung eines Schiedsrichters beantragen, an dessen Neutralität er zweifelt (vgl. etwa Art. 15 DIS-SchO; Art. 14 ICC-SchO; Art. 20 VIAC-SchO; Art. 10 LCIA-SchO oder subsidiär §§ 1036 f. ZPO).<sup>866</sup> Und im Erfolgsfall bekommt

<sup>862</sup> S. nur Kröll, SchiedsVZ 2006, 203, 207; MüKo-ZPO/Münch, § 1035 Rn. 28; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1035 Rn. 5.

<sup>863</sup> BGHZ 180, 221, 229.

<sup>864</sup> *London Court of International Arbitration* (LCIA), Notes for Parties (<https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx>), Rn. 41; *Clifford/Wade*, LCIA Arbitration Rules 2020, 2. Aufl. 2022, Rn. 5-003. Im Jahr 2021 wurden 42 % aller bestellten Schiedsrichter direkt vom LCIA ausgewählt; im Jahr 2022 waren es 33 % (vgl. *London Court of International Arbitration* (LCIA), 2022 Annual Casework Report (<https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-report-on-2022-updates-on-the-lcia-court-and.aspx>), S. 19).

<sup>865</sup> *Fry/Greenberg/Mazza*, ICC Secretariat's Guide, 2012, Rn. 3-445.

<sup>866</sup> S. zu dieser Möglichkeit OLG Stuttgart SchiedsVZ 2003, 84, 87.



der Dritte durch die sich anschließende Ersatzbestellung einen gesichert neutralen Schiedsrichter (vgl. etwa Art. 16.3 DIS-SchO; Art. 15 ICC-SchO; Art. 22 VIAC-SchO; Art. 11 LCIA-SchO sowie subsidiär § 1039 Abs. 1 ZPO). Besonderes Vertrauen schafft zudem der Umstand, dass nach § 1037 Abs. 3 ZPO die unabdingbare Letztentscheidungskompetenz zur Schiedsrichterablehnung das zuständige staatliche Gericht besitzt. Auch gegenüber sachfremden Einflüssen durch die Hauptpartei bleibt der Dritte nicht schutzlos: Zwar kann die Hauptpartei dem Ablehnungsantrag des Dritten widersprechen, da seine Prozessführungsbefugnis nur akzessorisch zur Hauptpartei besteht, und so ein Ablehnungsverfahren verhindern. Jedoch ist der Streitverkündung ihre Bindungswirkung im Sekundärprozess dann regelmäßig generell abzusprechen. Denn durch den Widerspruch der Hauptpartei steht der Vorwurf eines nicht neutralen Spruchkörpers im Raum. Kann die Hauptpartei diesen Vorwurf im Sekundärprozess nicht ausräumen, wofür sie aufgrund des Wahrscheinlichkeitswerts ihres Widerspruchs und der besonderen Anlage des Schiedsverfahrens für von ihr ausgeübter sachfremder Einflüsse die Beweislast tragen sollte, dann muss die Streitverkündungswirkung aufgrund unwiderleglich zu vermutender Kausalität<sup>867</sup> insgesamt entfallen. Dem Dritten ist mit der Schiedsrichterablehnung somit ein wirksames Instrument an die Hand gegeben, die Neutralität des Spruchkörpers sicherzustellen.

Und gleichwohl: Gemessen am Ideal der Neutralität reicht es nicht aus, den Dritten auf die Richterablehnung zu verweisen. Denn wie gesehen, verlangt das Ideal der Neutralität *bereits der Konstituierung ab*, dass sie aus der *ex ante*-Brille die Neutralität des Spruchkörpers gewährleistet.<sup>868</sup> Die Richterablehnung wird dem naturgemäß nicht gerecht, denn sie bezieht sich allein auf die Phase nach der Konstituierung. Im deutschen Schiedsverfahrensrecht findet sich diese Wertung in § 1034 Abs. 2 ZPO konkretisiert: Nach dieser Bestimmung kann die Schiedspartei, die nach dem vereinbarten Bestellungsverfahren<sup>869</sup> bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts durch ein Übergewicht der Gegenpartei benachteiligt wird, eine Korrektur dieses Ungleichgewichts durch das zuständige staatliche Gericht vornehmen lassen. Das Gesetz hätte dieses Ungleichgewicht und die damit für die

---

<sup>867</sup> Treffend Stein/Jonas/Schlosser, § 1059 Rn. 42 („In diesem Fall begründet jeder Verstoß gegen die bei der Bestellung [...] anzuwendenden Verfahrensregeln die Aufhebung, weil nie gesagt werden kann, ob sich der Fehler auf den Inhalt des Spruchs ausgewirkt hat oder nicht.“); für eine Vermutung auch MüKo-ZPO/Münch, § 1059 Rn. 40; verhalten in diese Tendenz Musielak/Voit/Voit, § 1059 Rn. 16 („wobei die Anforderungen gering anzusetzen sind“). A.A. im Kontext der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche OLG Karlsruhe SchiedsVZ 2008, 47, 48.

<sup>868</sup> S. oben § 4 VI. 2. (S. 194 ff.).

<sup>869</sup> § 1034 Abs. 2 ZPO ist über den Wortlaut hinaus nicht nur anzuwenden, wenn sich das Ungleichgewicht aus der Schiedsvereinbarung ergibt, sondern auch, wenn sich das Ungleichgewicht aus einer sonstigen Vereinbarung ergibt. S. dazu MüKo-ZPO/Münch, § 1034 Rn. 9; Pipoh, Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 234 f. m. w. N.

Neutralität des so gewählten Spruchkörpers *ex ante* und abstrakt<sup>870</sup> bestehende Gefährdung auch bestehen lassen können und die Neutralität des Spruchkörpers allein über das Ablehnungsrecht zu gewährleisten versuchen. Dies hat es aber nicht. Sondern es stellt mit dem Rechtsbehelf des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO sicher, dass *bereits initial die Konstituierung des Spruchkörpers* möglichst frei von sachfremden Einflüssen (der übergewichteten Partei) ist. Daher muss bereits die Konstituierung des Schiedsgerichts so ausgestaltet sein, dass dem Streitverkündungsempfänger gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Brille gewährleistet ist.

### c) Das Gebot paritätischer Mitwirkung des Dritten

Um dem Streitverkündungsempfänger diese Neutralität zu gewährleisten, ist es in den Fällen einer konzeptionellen Gefährdung somit geboten, dass er wie die Schiedsparteien *paritätisch an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken kann*.<sup>871</sup> Mit dieser Erkenntnis ist zum Kern der untersuchten Frage vorgedrungen: Was bedeutet eine paritätisch ausgestaltete Bestellung des Schiedsgerichts *unter Mitwirkung des Dritten*?

#### aa) Kein „Recht“ auf Mitwirkung und eine bestimmte Zusammensetzung

Bevor dieser Frage nachgegangen werden kann, ist klarzustellen: Das Gebot paritätischer Mitwirkung verleiht dem beigetretenen Streitverkündungsempfänger keine mit Rechtsmacht ausgestattete Position, eine paritätische Mitwirkung zu erzwingen. Denn es ist ein Grundsatz der Streitverkündung sowie der darauf beruhenden Streithilfe, dass diese die Herrschaft der Parteien über das Verfahren nicht antasten.<sup>872</sup> Stattdessen stellt sich die Neutralität als ein Kriterium zur Beurteilung über den für eine arbitrale Streitverkündung spezifischen Vorbehalt dar, dass die Streitverkündungswirkung nur eintreten kann, wenn der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet.<sup>873</sup> Denn ist die Neutralität des Spruchkörpers und damit des Schiedsspruchs nicht gewährleistet, kann nicht von *effektivem Rechtsschutz* gesprochen werden.

<sup>870</sup> Pipoh, Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen, 2021, S. 250; Musielak/Voit/Voit, § 1034 Rn. 3; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 8.

<sup>871</sup> Dieses Verständnis liegt auch den DIS-ERS zugrunde, vgl. insbesondere deren Art. 7, 8 sowie die Erläuterung in *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 15 (iii), 46, 53.

<sup>872</sup> S. dazu in der Analyse zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 III. 2. c) (S. 115 ff.).

<sup>873</sup> S. zu diesem Vorbehalt einführend oben § 4 II. 2. b) (S. 165) und näher unten § 5 (S. 235 ff.).

In einigen Konstellationen scheidet eine paritätische Beteiligung und eine Streitverkündungswirkung damit generell aus: So zunächst, wenn die Parteien die Bestellung des Schiedsgerichts in die Hände einer (gegenüber dem Dritten) nicht gesichert neutralen Stelle gegeben haben. Dies dürfte freilich nur selten der Fall sein, da mit der Bestellung meist eine Schiedsinstitution betraut ist (auch in der ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 UNCITRAL-SchO). Nicht unüblich ist hingegen, dass sich die Parteien bereits in der Schiedsvereinbarung auf eine Person als Einzelschiedsrichter einigen.<sup>874</sup> Auch dann ist eine paritätische Beteiligung des Dritten und, mangels *ex ante* gesicherter Neutralität, eine Streitverkündungswirkung ausgeschlossen.

Ermöglicht das vereinbarte oder subsidiär zur Anwendung gelangende Konstituierungsverfahren hingegen, den Dritten paritätisch daran zu beteiligen, dann hängt der Eintritt der Streitverkündungswirkung nicht von einer bestimmten Zusammensetzung ab. Es ist also unerheblich, ob das Schiedsgericht aus einem Einzelschiedsrichter besteht, dreiköpfig gebildet wird, die Anzahl der Schiedsrichter gerade ist, wie der Vorsitzende bestellt wird etc. Solange die paritätische Beteiligung des Dritten an der Schiedsrichterbestellung ihm gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers gewährleistet, ist auch nur diese Beteiligung erforderlich. Denn es ist wie gesehen die konstituierungsbezogene Gefährdung der Neutralität, die das Gebot paritätischer Mitwirkung legitimiert. Dass der Dritte den Spruchkörper des Primärprozesses jenseits dieser Gefahr in seiner bestehenden Gestalt hinnehmen muss, zeigt schließlich auch ein Blick auf den Bereich staatlicher Zivilprozesse: Die Streitverkündungswirkung tritt hier unabhängig davon ein, ob die Parteien des Primärprozesses erstinstanzlich ein Amtsgericht, Landgericht oder Oberlandesgericht in Form eines Commercial Courts (vgl. § 119b Abs. 1 GVG) sowie die daraus folgende Spruchkörperbesetzung prorogiert haben und ob sie etwa mit der Abgabe an eine Kammer für Handelssachen (vgl. §§ 96 Abs. 1, 97 Abs. 1 GVG) Laienrichter an der Entscheidung beteiligen (vgl. § 105 Abs. 1 GVG). Zudem ist die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung eines ausländischen Primärprozesses, in dem der Dritten zur Einlassung verpflichtet ist,<sup>875</sup> in Deutschland auch dann anzuerkennen, wenn der Spruchkörper in diesem Verfahren *ausschließlich* mit Laienrichtern<sup>876</sup> besetzt ist oder eine anglo-amerikanische *jury*<sup>877</sup> entscheidet.

---

<sup>874</sup> Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/*Theune*, Art. 11 DIS-SchO Rn. 5; hier- von abratend Nedden/Herzberg/Kopetzki/*Sawang/Hauser*, Art. 11 DIS-SchO Rn. 16.

<sup>875</sup> S. dazu oben § 41.2. a) aa) (S. 141 ff.).

<sup>876</sup> OLG Saarbrücken NJW 1988, 3100; MüKo-ZPO/*Gottwald*, § 328 Rn. 131; *Roth*, IPRax 1989, 14, 17.

<sup>877</sup> *Herrmann*, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile, 2000, S. 208; Stein/Jonas/*Roth*, § 328 Rn. 112.

bb) Die paritätische Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung  
des Schiedsgerichts

Ist eine paritätische Beteiligung des Dritten an der Konstituierung des Schiedsgerichts geboten und nach dem anwendbaren Konstituierungsverfahren auch möglich, stellt sich im nächsten Schritt die Frage: Was bedeutet *paritätische* Mitwirkung des Dritten? Die Antwort hängt davon ab, wie das Schiedsgericht zusammengesetzt ist:

*(1) Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder Auswahl eines Vorsitzenden  
im dreiköpfigen Schiedsgericht*

Die Antwort ist klar, wenn die Bestellung eines Einzelschiedsrichters vereinbart wurde: Der Streitverkündungsempfänger muss dann an der Einigung wie die Schiedsparteien beteiligt werden und also mit der Wahl des Schiedsrichterkandidaten einverstanden sein (ebenso Art. 7.3 Satz 1 DIS-ERS<sup>878</sup>). Auf den ersten Blick scheint dem die Stellung des Verfahrensgegners entgegenzustehen, in dessen Einigung sich der Dritte hineindrängen würde. Jedoch muss der Verfahrensgegner bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters stets damit rechnen, dass die Einigung mit der Hauptpartei und also die Bestellung scheitert. Die Grundwertung, dass eine Streithilfe die Rechtsstellung der Hauptpartei gegenüber dem Verfahrensgegner nicht ausgeweitet werden darf, wird durch den Einbezug des Dritten nicht angetastet: Es macht im Verhältnis zum Verfahrensgegner keinen Unterschied, ob die Hauptpartei *ihr* Einverständnis zu einem Schiedsrichterkandidaten verweigert, weil der Streithelfer seine Wahl – sozusagen im Innenverhältnis – ablehnt, oder ob man die Bestellung direkt vom Einverständnis des Dritten abhängig macht. Der Einbezug des Dritten kann dem Verfahrensgegner somit zugemutet werden.

Gewahrt bleibt auch im Verhältnis zur Hauptpartei die Akzessorietät der Streithilfe: Ist die Hauptpartei mit der Wahl des vom Verfahrensgegner favorisierten Schiedsrichterkandidaten einverstanden, nicht aber der Dritte, hat sie die Wahl: Möchte sie eine Ersatzbestellung vermeiden, kann sie der Weigerung des Dritten „widersprechen“ und die Bestellung des Kandidaten damit herbeiführen. Die Streitverkündung ist dann unwirksam, weil ihr der Vorbehalt mangelnder Neutralitätsgewähr generelle entgegensteht. Möchte die Hauptpartei hingegen von der Streitverkündungswirkung profitieren, muss sie den Favoriten des Verfahrensgegners ablehnen und eine Ersatzbestellung in Kauf nehmen (sollte sie mit dem Favoriten des Verfahrensgegners ohnehin nicht einverstanden sein, ist dies für sie freilich kein zusätzlicher Nachteil). Der Einzelschiedsrichter wird dann in der Regel durch eine Schiedsinstitution bestellt (vgl. etwa Art. 12 Abs. 3 ICC-SchO; Art. 11

---

<sup>878</sup> Vgl. die Erläuterungen hierzu in *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 45 ff.

Satz 2 DIS-SchO; Art. 17 Abs. 2 Satz 3 VIAC-SchO; möglich auch in *ad hoc*-Verfahren, vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 UNCITRAL-SchO) oder subsidiär durch das Staatsgericht gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO. In diesen Fällen ist die Streitverkündung wirksam, da die Ersatzbestellung durch eine gesichert neutrale Stelle erfolgt.

Die vorstehenden Ausführungen können auf die Auswahl des Vorsitzenden eines dreiköpfigen Schiedsgerichts übertragen werden. Denn in der Praxis werden die Parteien bei der Auswahl des Vorsitzenden typischerweise eingebunden (entweder kraft entsprechender Regelungen in der Schiedsvereinbarung oder jedenfalls nach *best practice*), auch wenn Schiedsordnungen teilweise ihrem Wortlaut nach die Auswahl des Vorsitzenden nur durch die beisitzenden Schiedsrichter (VIAC-SchO: Art. 17 Abs. 5 Satz 1; Swiss-Rules: Art. 11 Abs. 2 Satz 2) oder durch die Schiedsinstitution (ICC-SchO: Art. 12 Abs. 5 Satz 1) vorsehen.<sup>879</sup> Die Auswahl des Vorsitzenden ist somit im Ergebnis mit der Bestellung eines Einzelschiedsrichters durch die Parteien vergleichbar.

## (2) Bestellung beisitzender Schiedsrichter: Benennung zusammen mit der Hauptpartei

Schwieriger ist die Antwort zu finden, wenn die Hauptpartei und der Verfahrensgegner nach dem vereinbarten Bestellungsverfahren oder subsidiär nach §§ 1034 Abs. 1 Satz 2, 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO (mindestens) je einen Schiedsrichter wählen dürfen. Muss der Streitverkündungsempfänger in diesem Fall gemeinsam mit der Hauptpartei einen Schiedsrichter benennen oder darf er einen eigenen Schiedsrichter benennen?

Zur (streitgenössischen) Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit wird bereits seit Jahrzehnten die ähnlich gelagerte Frage diskutiert, ob die klagenden oder beklagten Streitgenossen (im Folgenden zusammen „die Mehrparteienpartei“) gemeinsam einen Schiedsrichter benennen müssen oder aber je einen eigenen Schiedsrichter benennen dürfen. Dies gibt Anlass zu einem Blick auf die hierzu entwickelten Gedanken: Die Vertreter der Auffassung, jeder Streitgenosse dürfe einen eigenen Schiedsrichter benennen, sprechen verbreitet von einem *Recht auf einen eigenen Schiedsrichter*: Die Benennung eines eigenen Schiedsrichters sei „Grundrecht der Parteien in der Schiedsgerichtsbarkeit“<sup>880</sup> oder „elementare Bedingung“<sup>881</sup> bzw. „Elementarerfordernis jedes Mehrparteienprozesses“<sup>882, 883</sup>. Derartige Ansprüche

<sup>879</sup> S. dazu näher unten § 5 II. 1. b) cc) (S. 249 f.) sowie Salger/Trittmann/*Gerstenmaier*, § 6 Rn. 21 ff., 85.

<sup>880</sup> *Schwab*, FS Habscheid, 1989, S. 285, 290; auch *Laschet*, FS Bülow, 1981, S. 85, 109.

<sup>881</sup> *Koussoulis*, ZZZ 107 (1994), 195, 197.

<sup>882</sup> *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2007, Rn. 2806.

<sup>883</sup> S. zudem *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 222; *Berger*, RIW 1993, 702, 706; *Schwab*, BB Beilage 15/1992, 17 ff.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 10 Rn. 14; wohl auch *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561,

zeichnen jedoch ein verzerrtes Bild.<sup>884</sup> Denn das deutsche Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO kennt kein „Recht“ auf einen eigenen Schiedsrichter.<sup>885</sup> Es legt die Zusammensetzung und Bestellung des Schiedsgerichts zwar in die gemeinsamen Hände der Parteien (§§ 1034 Abs. 1 Satz 1, 1035 Abs. 1 ZPO). Dies hat jedoch keineswegs zur Folge, dass die Parteien stets einen eigenen Schiedsrichter auswählen dürfen. Augenscheinlich wird dies bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters, der Bestellung des Schiedsgerichts durch einen Dritten oder der Ersatzbestellung durch die Schiedsinstitution, wenn die ernennungsberechtigte Partei „ihren“ Schiedsrichter nicht innerhalb der dafür maßgeblichen Frist benannt hat. Dies kann man, wie *Münch* bemerkt hat,<sup>886</sup> zwar noch als willentlichen oder präklusiven Verzicht auf ein „Recht zur eigenen Schiedsrichterbestellung“ deuten. Für die Ersatzbestellung durch das staatliche Gericht nach § 1034 Abs. 2 ZPO trägt der Gedanke eines Verzichts hingegen nicht mehr: Denn um ein bestehendes Ungleichgewicht im Bestellungsverfahren auszugleichen, bestellt das staatliche Gericht den oder die Schiedsrichter gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO abweichend von bereits erfolgten Benennungen und dem vereinbarten Bestellungsverfahren<sup>887</sup> – wobei die Ursache für das Ungleichgewicht ohne Belang ist<sup>888</sup>. Beide Schiedsparteien verläoren also ihr „Recht“ auf einen eigenen Schiedsrichter selbst dann, wenn sie ein solches Recht vereinbart haben sollten. Für das „Recht auf einen eigenen Schiedsrichter“ wird schließlich gerne ins Feld geführt, dass erst durch die Wahl eines eigenen Schiedsrichters das notwendige Vertrauen in seine Person geschaffen werde.<sup>889</sup> So bedeutsam dieses Vertrauen für die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit auch sein mag,<sup>890</sup> legitimiert sich daraus in rechtlicher Hinsicht nichts. Denn ein Schiedsgericht muss, um seine rechtsprechende Funktion erfüllen zu können, *unabhängig und neutral* sein. *Hierauf* müssen die Schiedsparteien bei dessen Konstituierung vertrauen können. Und

---

1566 f. Die Behauptung, der Bundesgerichtshof würde dies in BB Beilage 15/1996, 18 = ZIP 1996, 830 vertreten (so *Lotz*, AnwBl 2002, 202, 206), trifft nicht zu: Der Bundesgerichtshof nimmt zur dieser Frage überhaupt nicht Stellung, sondern sagt nur aus, dass – würde man ein solches Grundrecht anerkennen – dies weitere Fragen aufwerfen würde.

<sup>884</sup> So auch *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 484.

<sup>885</sup> Deziert *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 323; *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 98 ff.; *Reiner*, Handbuch der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, S. 93; *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 485.

<sup>886</sup> *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 485.

<sup>887</sup> Musielak/Voit/Voit, § 1034 Rn. 8; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 16; sich für die Möglichkeit einer Übertragung des Bestellungsrechts an die Schiedsinstitution aussprechend *Schlosser*, Revision des EuGVÜ, 2000, S. 163, 188.

<sup>888</sup> Musielak/Voit/Voit, § 1034 Rn. 5; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 17.

<sup>889</sup> *Schwab*, FS Habscheid, 1989, S. 285, 290; *Sessler*, LA Weber, 2016, S. 527, 528 f.; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1065; tendenziell auch Stein/Jonas/Schlosser, § 1034 Rn. 28.

<sup>890</sup> *van den Berg*, FS Glossner, 1994, S. 19, 29; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 324; *Sessler*, LA Weber, 2016, S. 527, 528 f.

dieses Vertrauen wird im Rahmen der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Prognose auch geschaffen, wenn mehrere Streitgenossen bzw. die Hauptpartei sowie der Streitverkündungsempfänger dazu angehalten sind, gemeinsam einen Schiedsrichter zu benennen (oder die Auswahl und Bestellung ersatzweise durch die Schiedsinstitution oder das staatliche Gericht vorgenommen wird). Ein darüber hinausgehendes, wie auch immer geartetes Vertrauen ist hingegen nicht notwendig. Es ist insofern kein „Recht“, einen eigenen Schiedsrichter zu benennen, sondern nurmehr Beweggrund bzw. Motiv, die Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus zu wählen und damit in den Worten von *Münch* bloße „Erwartungshaltung“.<sup>891</sup>

Damit kann der Blick auf die entscheidende Frage gerichtet werden: Führt der „Zwang“ zur gemeinsamen Auswahl eines Schiedsrichters zu konstituierungsbezogener Parität und damit *ex ante* bestmöglich gesicherter Neutralität des Spruchkörpers? Müssen die Hauptpartei und der Streitverkündungsempfänger gemeinsam einen Schiedsrichter benennen, bleibt es auf beiden Parteilagen bei jeweils einem parteibenannten Schiedsrichter. Die Parität wird also über die Parteilagen hinweg nicht angetastet. Gleiches gilt mit Blick auf die Parteilage „Hauptpartei und Streitverkündungsempfänger“: Beide dürfen paritätisch an der Bestellung „ihres“ Schiedsrichters mitwirken und beiden ist dadurch nach der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Prognose ein unabhängiger und neutraler Schiedsrichter gewährleistet: Entweder durch Einigung oder durch Ersatzbestellung. Als Defizit gegenüber dem Verfahrensgegner verbleibt lediglich, dass Hauptpartei und Streitverkündungsempfänger nicht sicher ihren jeweiligen Wunschkandidaten bekommen. Wie soeben dargelegt, ist dieser Umstand jedoch nicht entscheidend.

Wäre dem Streitverkündungsempfänger demgegenüber das Recht verliehen, einen eigenen Schiedsrichter auszuwählen, würde dies im ersten Schritt die konstituierungsbezogene Parität gerade *aufheben*. Denn dem vom Verfahrensgegner benannten Schiedsrichter stünden dann zwei parteibenannte Schiedsrichter auf der entgegenstehenden Parteilage gegenüber. Es wäre dann zwingend geboten, dem Verfahrensgegner die Bestellung eines weiteren Schiedsrichters zu gestatten.<sup>892</sup> Ein solches „Auffüllen“ durch den Verfahrensgegner würde jedoch die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Schiedsgerichts beeinträchtigen<sup>893</sup> und wäre dem Verfahrensgegner zudem nicht zumutbar: Die Erweiterung verursacht erhebliche Mehrkosten und die zweite „Auffüllrunde“ würde das Verfahren erheblich verzögern. Letzteres unterliefe die im Rahmen der Analyse zum staatlichen Verfahren

<sup>891</sup> *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 485.

<sup>892</sup> S. hierzu aus dem Diskurs zur streitgenössischen Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit MüKo-ZPO/*Münch*, § 1034 Rn. 75; *Nacimiento/Abt/Stein*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, § 1035 Rn. 40; Musielak/Voit/Voit, § 1035 Rn. 7.

<sup>893</sup> S. hierzu allgemein *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 96; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1035 Rn. 75; *Nicklisch*, FS Glossner, 1994, S. 221, 227.



aufgefundene Interessenbewertung, dass das Primärverfahren möglichst verzögerungsfrei abzulaufen hat<sup>894</sup>.

Die Hauptpartei sowie den Streitverkündungsempfänger zu einer gemeinsamen Schiedsrichterauswahl anzuhalten, führt demnach zwar nicht zu absoluter Gleichheit, jedoch – und das hat sich als entscheidend herausgestellt – zu hinreichender Parität dafür, die Neutralität des Spruchkörpers gegenüber dem Dritten aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Prognose sicherzustellen. Dem Verfahrensgegner ist die gemeinsame Auswahl ohne Weiteres zuzumuten, denn sie erweitert der Rechtsstellung der Hauptpartei ihm gegenüber nicht.

Damit kommt es letztlich darauf an, ob der Hauptpartei und dem Dritten die gemeinsame Schiedsrichterbestellung zugemutet werden kann. Im Diskurs zur streitgenössischen Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit stellen hinsichtlich der parallelen Frage – ob einer Mehrparteienpartei eine gemeinsame Auswahl zugemutet werden kann – einige Stimmen darauf ab, ob zwischen den Streitgenossen ein Interessenkonflikt besteht oder droht.<sup>895</sup> Dahinter steckt der Gedanke, dass bei einem Interessenkonflikt eine Einigung kaum zustande kommen wird und die Möglichkeit, einen eigenen Schiedsrichter zu benennen, somit faktisch leerläuft. Augenscheinlich wird dies etwa, wenn man an eine Schiedsklage gegen zwei alternativ haftende Streitgenossen denkt. Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht zwischen der Hauptpartei und dem Streitverkündungsempfänger ebenfalls. Ihnen ist eine gemeinsame Schiedsrichterbestellung allerdings unabhängig von einem etwaigen Interessenkonflikt zumutbar, denn im Hinblick auf die Streitverkündung stellt sich die Wertungslage grundlegend anders dar:<sup>896</sup> Der Hauptpartei ist eine gemeinsame Auswahl zumutbar, da der Dritte in ihrem Interesse auftritt und der Streithilfe die Wertung zugrunde liegt, dass die Handlungsbefugnisse ihrer Parteiseite durch die Streithilfe nicht ausgeweitet werden dürfen (Grundsatz der Akzessorietät der Streithilfe)<sup>897</sup>. Überdies hat die Hauptpartei die Verfahrensherrschaft und kann den Streithelfer jederzeit wieder von der gemeinsamen Schiedsrichterbestellung ausschließen. Dem Streitverkündungsempfänger ist die gemeinsame Schiedsrichter-

<sup>894</sup> S. dazu oben § 3 IV. (S. 122 ff.).

<sup>895</sup> *Laschet*, FS Bülow, 1981, S. 85, 108; *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 327 ff.; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1035 Rn. 82; *Nacimient/Abt/Stein*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, § 1035 Rn. 45; *Nicklisch*, FS Glossner, 1994, S. 221, 227 f.; *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 571 ff.; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1034 Rn. 28; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 10 Rn. 15; *Sessler*, LA Weber, 2016, S. 527, 538; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1072; sich unabhängig von einem Interessenkonflikt für eine gemeinsame Bestellung aussprechend hingegen *Zöller/Geimer*, § 1035 Rn. 9.

<sup>896</sup> Der Diskurs zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit hat diese Frage bisher nicht behandelt, denn er bezieht sich allein auf Konstellationen mit mehr als zwei vollwertigen Parteien, nicht aber auf eine Beteiligung des Dritten durch Streitverkündung. S. etwa bei *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 577; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1034 Rn. 33; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1075 f.

<sup>897</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.).



auswahl zumutbar, da er nicht in eigener Sache streitet, sondern mit der Streithilfe seiner im Interesse der Hauptpartei bestehenden mittelbaren Schiedspflicht nachkommt. Ihm ist damit grundsätzlich zuzumuten, vom Rechtsschutzziel der Hauptpartei abweichende Interessen im Primärverfahren hintanzustellen – was das Gesetz zum Ausdruck bringt, indem es die Rechtsstellung des Streithelfers im Primärverfahren auf eine reine *Unterstützungsbefugnis* beschränkt. Dies kann, wenn dem Dritten gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers gewährleistet ist, auch auf konstituierungsbezogene Interessen übertragen werden.

Damit bleibt festzuhalten: Die Hauptpartei und der Verfahrensgegner haben sich gemeinsam auf einen Schiedsrichter zu einigen (ebenso Art. 8.2 Satz 1 DIS-ERS<sup>898</sup>). Einigen sie sich nicht, kommt es zur Ersatzbestellung.

#### *d) Die Ersatzbestellung im Falle gescheiterter Einigung*

Besteht das Schiedsgericht aus einem Einzelschiedsrichter, wirft die Ersatzbestellung keine Probleme auf: Die Schiedsinstitution oder das staatliche Gericht bestellt schlicht „das Schiedsgericht“. Dem Verfahrensgegner ist dies, wie schon dargelegt, zumutbar, denn er muss auch dann mit einer Ersatzbestellung rechnen, wenn er sich nur zusammen mit der Hauptpartei auf einen Schiedsrichter zu einigen hat.<sup>899</sup>

Komplizierter wird es demgegenüber, wenn jede Parteiseite (mindestens) einen Schiedsrichter benennen darf – wie etwa im praktischen Regelfall eines dreiköpfigen Schiedsgerichts: Scheitert eine gemeinsame Benennung der Hauptpartei und des Dritten, ist klar, dass *jedenfalls für diesen Schiedsrichter* eine Ersatzbestellung notwendig ist. Im Diskurs zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit hat sich die Auffassung etabliert, dass in einem solchen Fall jedoch darüber hinaus auch der vom Verfahrensgegner benannte Schiedsrichter ausgetauscht werden muss und also das gesamte Schiedsgericht ersatzweise zu bestellen ist. Die Auffassung gründet sich auf der *ratio decidendi* der berühmten Dutco-Entscheidung<sup>900</sup> der *Cour de Cassation* und ist als „Dutco-Regel“ bekannt geworden.

Im Fall *BKMI et Siemens v. Société Dutco* hatten die BKMI Industrieanlagen GmbH („BKMI“) als Konsortialführer und die Siemens AG („Siemens“) sowie die Dutco Construction Co. Ltd. („Dutco“) als Konsorten einen Turn-Key Konsortialanlagenbauvertrag über den Bau eines Zementwerks im Oman abgeschlossen. Dem Vertrag lag eine ICC-Standardschiedsklausel zugrunde, nach der ein dreiköpfiges Schiedsgericht zur Entscheidung berufen ist

<sup>898</sup> Vgl. die Erläuterungen hierzu in *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 51 ff.

<sup>899</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb) (1) (S. 203 f.).

<sup>900</sup> *BKMI et Siemens v. Société Dutco*, Revue de l'arbitrage 1992, 470 ff. = BB Beilage 15/1992, 27.

(wobei der Vorsitzende durch den Gerichtshof bestellt wird). Dutco initiierte gegen Siemens und BKMI ein Schiedsverfahren, wobei die Interessen der Beklagten durchaus gegenläufig waren. Dutco benannte „ihren“ Schiedsrichter. Siemens und BKMI konnten sich nicht einigen und widersprachen der Aufforderung des ICC-Gerichtshofs, einen gemeinsamen Schiedsrichter zu benennen. Unter Vorbehalt ihrer Rechte benannten sie gleichwohl einen gemeinsamen Schiedsrichter, um eine Ersatzbestellung durch den ICC-Gerichtshof zu vermeiden. Nachdem sich das Schiedsgericht durch Zwischenschiedsspruch für zuständig erklärt hatte, erhoben Siemens und BKMI eine Aufhebungsklage vor der Cour d'appel de Paris. Die Cour d'appel bestätigte den Zwischenschiedsspruch.<sup>901</sup>

Die Cour de Cassation<sup>902</sup> hingegen hob die Entscheidung der Cour d'appel auf. Gründe führt die Entscheidung hierfür nicht an („Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés“, d. h.: Verstoß gegen le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres). Sie ist jedoch dahin zu deuten, dass das Schiedsgericht den Grundsatz konstituierungsbezogener Parität verletze, wenn es den Schiedsrichter einer Parteiseite bestelle, obwohl die andere Parteiseite einen eigenen Schiedsrichter benennen durfte.<sup>903</sup> Das Schiedsgericht hätte stattdessen auch für Dutco einen Ersatzschiedsrichter bestellen müssen.

Die Dutco-Regel hat international<sup>904</sup> wie auch in Deutschland<sup>905</sup> großen Beifall gefunden und wurde von zahlreichen bedeutsamen Schiedsinstitutionen als Ersatzbestellungsverfahren in ihre Verfahrensordnung aufgenommen<sup>906</sup>. Insbesondere in der deutschen Literatur ist sie jedoch auch auf Ablehnung gestoßen.<sup>907</sup> Letzterer Auffassung ist beizupflichten: Denn wie *Schütze* bemerkt, hat die *Cour de Cassation* „den Gleichheitssatz im Schiedsverfahren in höchst einfacher Weise verformt“<sup>908</sup> – weil eine Parteiseite ihr Ernennungsrecht nicht ausübt, soll es die andere Parteiseite auch nicht ausüben dürfen. Ein solches Verständnis und die daraus ab-

<sup>901</sup> Revue de l'arbitrage 1989, 723 ff. Online abrufbar etwa unter [https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-dutco-construction-v-bkmi-industrienlagen-gmbh-et-siemens-ag-jugement-de-la-cour-dappel-de-paris-friday-5th-may-1989#decision\\_36766](https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-dutco-construction-v-bkmi-industrienlagen-gmbh-et-siemens-ag-jugement-de-la-cour-dappel-de-paris-friday-5th-may-1989#decision_36766).

<sup>902</sup> Revue de l'arbitrage 1992, 470 ff. = BB Beilage 15/1992, 27. Online abrufbar etwa unter [https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-dutco-construction-v-bkmi-industrienlagen-gmbh-et-siemens-ag-arret-de-la-cour-de-cassation-tuesday-7th-january-1992#decision\\_12569](https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-dutco-construction-v-bkmi-industrienlagen-gmbh-et-siemens-ag-arret-de-la-cour-de-cassation-tuesday-7th-january-1992#decision_12569).

<sup>903</sup> S. statt vieler *Berger*, RIW 1993, 702, 706 f.; *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 478; *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1562.

<sup>904</sup> S. etwa *Delvolve*, Arbitr. Int. 9 (1993), 197 ff.; *Bellet*, RevArb 1992, 473 ff.; tendenziell auch *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2812 f.

<sup>905</sup> KG Berlin NJW 2008, 2719, 2720; *Berger*, RIW 1993, 702, 705 ff.; *Nicklisch*, FS Glossner, 1994, S. 221, 228; *Schlosser*, Revision des EuGVÜ, 2000, S. 163, 188; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1034 Rn. 28 („tendenziell“); *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 563 ff.; tendenziell auch *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 99 f.

<sup>906</sup> Anwendung der Dutco-Regel im Ermessen des Schiedsgerichts: Art. 12 Abs. 8 Satz 1 ICC-SchO; Art. 20.3 DIS-SchO; nur im Ausnahmefall nach Art. 18.4 VIAC-SchO. Zwingende Anwendung der Dutco-Regel nach Art. 8 der LCIA-SchO. S. zu weiteren Schiedsordnungen die Übersicht bei *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1563 ff.

<sup>907</sup> *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561 ff.; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1034 Rn. 14 f.; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1076 ff.; grundsätzlich auch OLG Frankfurt a.M. SchiedsVZ 2006, 219, 222.

<sup>908</sup> *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1566.

geleitete „ausgleichende“ Ersatzbestellung ist bevormundende Gleichstellung und bei freiheitlichem Denken gar Ungleichbehandlung: Freiheitliche Gleichheit setzt früher an, nämlich an der Möglichkeit jeder Parteiseite, einen Schiedsrichter zu benennen.<sup>909</sup> Besteht eine Parteiseite aus mehreren Parteien, dann steht ihnen diese Möglichkeit nur gemeinsam zu, weil gerade dadurch konstituierungsbezogene Parität aufrecht erhalten wird. Die Parität wird nun aber nicht aufgehoben, wenn eine Parteiseite von ihrer Möglichkeit keinen Gebrauch macht. Besteht diese Möglichkeit, kommt es auf das Verhalten der bestellungsunwilligen oder -unfähigen Parteiseite und die Gründe für das Scheitern der Einigung nicht mehr an.<sup>910</sup> Die *Cour de Justice de Geneve*<sup>911</sup> sowie anschließend das Bundesgericht<sup>912</sup> hatten dies im Fall „Westland“<sup>913</sup> erkannt. Im Übrigen lädt die Dutco-Regel zu kaum kontrollierbarem Missbrauch ein. Denn es lässt sich nicht überprüfen, ob sich eine Mehrparteienpartei nicht einigen konnte oder dies schlicht nicht wollte, etwa um den unliebsamen Schiedsrichterkandidaten der Gegenseite über die Ersatzbestellung auszuschalten.<sup>914</sup>

Schließlich ließ sich bis vor kurzem mit Schütze argumentieren, die Dutco-Regel liege dem deutschen Schiedsverfahrensrecht nicht zugrunde, da § 1035 Abs. 3 Satz 3 ZPO nur eine Ersatzbestellung für den jeweiligen von einer Parteiseite zu ernennenden Schiedsrichter vorsieht. Der deutsche Reformgesetzgeber hatte die Dutco-Regel damit nicht implementiert, obwohl ihm bei Abschluss der Reformarbeiten die Dutco-Entscheidung bereits bekannt gewesen ist.<sup>915</sup> Dieses Argument scheint nun allerdings wegzufallen, denn der aktuelle Regierungsentwurf zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts sieht in § 1035 Abs. 4 Satz 3 ZPO-E vor, die Anwendung der Dutco-Regel in das Ermessen des Schiedsgerichts zu stellen.<sup>916</sup> Zudem sieht der Regierungsentwurf zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts eine explizite Abkehr von der Dutco-Regel bei der Schiedsrichterbestellung durch mehrere Streitgenossen in § 1035 Abs. 4 ZPO-E vor.<sup>917</sup>

<sup>909</sup> So auch *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 106; *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1567; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1077 f.

<sup>910</sup> Deziert *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1567.

<sup>911</sup> KantG Genf Sem. Jur. 1984, 309; s. dazu bei *Delaume*, ILM 28 (1989), 687 ff.; *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 477.

<sup>912</sup> BGE 120 II 172; s. dazu bei *Delaume*, ILM 28 (1989), 687 ff.; *Münch*, FS Schack, 2022, S. 475, 477 f.

<sup>913</sup> Der Zwischenschiedsspruch ist publiziert: ICC-Case No. 3879.

<sup>914</sup> *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 99 f.; *Kühn*, LA Böckstiegel, 2001, S. 443, 460; *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1567; *Weber*, FS Schlosser, 2005, S. 1063, 1071.

<sup>915</sup> *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1568.

<sup>916</sup> *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 3 f., 30.

<sup>917</sup> *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 4.

Die Dutco-Regel vermag demnach bereits für Mehrparteienverfahren mit mehr als zwei vollwertigen Verfahrensparteien nicht zu überzeugen. Für die Konstituierung des Schiedsgerichts unter Mitwirkung des Streitverkündungsempfängers gilt dies erst recht. Denn aus den bereits angeführten Gründen – kein „Recht“ zur Schiedsrichterbenennung, Auftreten des Dritten im Interesse der Hauptpartei<sup>918</sup> – kann der Hauptpartei und dem Streitverkündungsempfänger zugemutet werden, dass der Verfahrensgegner seinen Wunschkandidaten benennen kann, während dies ersteren nicht gelingen mag. Können sich die Hauptpartei und der Streitverkündungsempfänger nicht auf einen Schiedsrichter einigen, sollte mithin grundsätzlich auch *nur für diese Parteiseite* ein Ersatzschiedsrichter bestellt werden. Stellt die anwendbare Verfahrensordnung (oder subsidiär das Schiedsverfahrensrecht, wie mit § 1035 Abs. 4 Satz 3 ZPO-E geplant) die Anwendung der Dutco-Regel jedoch in das Ermessen des Schiedsgerichts (vgl. etwa Art. 12 Abs. 8 Satz 1 ICC-SchO; Art. 20.3 DIS-SchO ggf. i. V. m. Art. 8.3 Satz 1 DIS-ERS; nur im Ausnahmefall nach Art. 18.4 VIAC-SchO)<sup>919</sup> oder schreibt ihre Anwendung gar zwingend vor (so Art. 8 der LCIA-SchO), dann ist damit gegenüber dem Verfahrensgegner auch eine Ersatzbestellung auf seiner Seite legitimiert.

#### e) Verfahren bei Untätigkeit des Dritten

Damit stellt sich abschließend die Frage, ob die Hauptpartei den von ihrer Parteiseite zu benennenden Schiedsrichter alleine benennen oder sich allein mit dem Verfahrensgegner auf einen Einzelschiedsrichter bzw. auf einen Vorsitzenden im dreiköpfigen Schiedsgericht einigen darf, wenn sie dem Dritten rechtzeitig<sup>920</sup> den Streit verkündet hat, dieser bei der Konstituierung jedoch untätig bleibt.<sup>921</sup> Bei alleiniger Benennung durch die Hauptpartei bzw. einer Einigung nur zwischen ihr und dem Verfahrensgegner ist das Schiedsgericht gegenüber dem Dritten nicht gesichert neutral. Um diese Gefahr zu legitimieren, müsste das Untätigbleiben des Streitverkündungsempfängers als präklusiver Verzicht auf die Gewähr *ex ante* bestehender Neutralität des Spruchkörpers gedeutet werden können – was davon abhängt, *ob man darauf – präklusiv – verzichten können soll*. Oder anders gefragt: Tritt die Streitverkündungswirkung nur ein, wenn die konstituierungsbezogene Neutralität des Spruchkörpers dem Dritten gegenüber tatsächlich gewährleistet ist oder beschränkt sich das Gebot darauf, dem Dritten die *Möglichkeit zu eröffnen*, die

<sup>918</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb) (2) (S. 204 ff.).

<sup>919</sup> S. zu weiteren Schiedsordnungen die Übersicht bei *Schütze*, FS Kronke, 2020, S. 1561, 1563 ff.

<sup>920</sup> S. zu den zeitlichen Grenzen der Streitverkündung bei gebotener paritätischer Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung des Schiedsgerichts noch eingehend unten § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>921</sup> Die Frage stellt sich theoretisch auch in der umgekehrten Konstellation, dass die Hauptpartei untätig bleibt. Dies dürfte allerdings kaum vorkommen.

konstituierungsbezogene Neutralität durch seine Beteiligung an der Konstituierung sicherzustellen?

Die Antwort gibt ein Blick auf die Bestimmung des § 1034 Abs. 2 ZPO:<sup>922</sup> Danach ist in die Hand der Partei gelegt, die Gefährdung mithilfe eines Antrags auf Ersatzbestellung zu beseitigen, die ihr gegenüber im Hinblick auf die Neutralität des Spruchkörpers infolge konstituierungsbezogener Imparität *ex ante* besteht. Wendet sich die gefährdete Partei nicht innerhalb der Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO gegen die Schiedsrichterbestellung, ist sie mit dem Einwand *konstituierungsbezogener* Imparität präkludiert (unangetastet bleibt der Schutz gegen *verfahrensbezogene* Imparität, vgl. § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO sowie §§ 1036 f. ZPO<sup>923</sup>). Die Bestimmung des § 1034 Abs. 2 ZPO beinhaltet also die Wertung, dass ein präklusiver Verzicht auf die Gewähr *ex ante* bestehender Neutralität des Spruchkörpers möglich sein soll. Diese Wertung übertragen, spricht viel dafür, dass die Hauptpartei alleine einen Schiedsrichter benennen darf, wenn der Streitverkündungsempfänger bei der Schiedsrichterbestellung untätig bleibt. Das Gebot paritätischer Mitwirkung<sup>924</sup> verlangt mithin lediglich, dem Dritten zu *ermöglichen*, durch seine paritätische Mitwirkung an der Bestellung des Schiedsgerichts dessen Neutralität ihm gegenüber konstituierungsbezogen zu gewährleisten. Die Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO muss hierbei jedoch nicht übertragen werden. Denn die Zweiwochenfrist ab erfolgter Konstituierung des Schiedsgerichts wird einer *durch konstituierungsbezogene Imparität benachteiligten Partei* gewährt.

Sie soll<sup>925</sup> nach der ratio legis erst ab der Konstituierung des Schiedsgerichts Anlass zur Prüfung haben, ob sich die abstrakte Gefährdung auch in konkreten Zweifeln an der Neutralität des Spruchkörpers niederschlägt.<sup>926</sup>

<sup>922</sup> Die noch zum alten Schiedsverfahrensrecht zu einer ähnlich gelagerten Konstellation ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 54, 392 ff. kann aufgrund der mit § 1034 Abs. 2 ZPO geänderten Konzeption (vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 39) nicht übertragen werden. In dem Fall hatten die Schiedsparteien in ihren Schiedsvertrag eine Bestimmung aufgenommen, wonach der von einer Partei benannte Schiedsrichter berechtigt sein soll, den Schiedsspruch allein zu fällen, wenn die andere Partei ihre Benennung innerhalb der Frist versäumt hat. Der Bundesgerichtshof sah darin einen Verstoß gegen „das auch für Schiedsgerichte geltende Gebot überparteilicher Rechtspflege“ (Rn. 18) und erklärte die Bestimmung nach § 134 BGB für nichtig.

<sup>923</sup> MüKo-ZPO/Münch, § 1034 Rn. 18; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 1.

<sup>924</sup> S. oben § 4 VI. 3. c) (S. 201 ff.).

<sup>925</sup> Wie Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1034 Rn. 34 bemerkt, könnte man der benachteiligten Partei auch zumuten, sich bei Einleitung des Schiedsverfahrens hinsichtlich einer Ersatzbestellung nach § 1034 Abs. 2 ZPO zu entscheiden. Denn § 1034 Abs. 2 ZPO stellt auf eine konzeptionelle, d. h. abstrakte, Gefährdung ab und diese Gefährdung besteht zu diesem Zeitpunkt bereits. Der Gesetzgeber wollte der Partei indessen offenbar ermöglichen, im Hinblick auf konkrete Zweifel an der Neutralität über die Ersatzbestellung zu entscheiden.

<sup>926</sup> Musielak/Voit/Voit, § 1034 Rn. 7; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1034 Rn. 18; *de lege lata* ebenfalls Wiczorek/Schütze/Schütze, § 1034 Rn. 34.

Auf die vorliegende Konstellation lässt sich dieser Gedanke nicht übertragen, da der Dritte bei der Konstituierung nicht benachteiligt ist, wenn und weil ihm die Hauptpartei mit einer rechtzeitigen<sup>927</sup> Streitverkündung ausreichend Gelegenheit zu paritätischer Mitwirkung bietet.

## VII. Die Autonomie der Schiedsrichter

Eine streitverkündungsbedingte<sup>928</sup> Nebenintervention hat das Potenzial, den Arbeitsaufwand zu erhöhen, den die Schiedsrichter zur Streitentscheidung erbringen müssen. Die Streithilfe ist also nicht unbedingt in ihrem Interesse. Dies gibt Anlass zur Frage: Ist die Zulässigkeit der Streithilfe davon abhängig, dass das Schiedsgericht bzw. die Schiedsrichter der Beteiligung des Dritten zustimmen? Oder kann ein Schiedsrichter zumindest den Schiedsrichtervertrag kündigen, wenn er mit dem Beitritt des Dritten nicht einverstanden ist?

Die Schiedsrichter sind nach deutschem Verständnis allein aufgrund des Schiedsrichtervertrags dazu verpflichtet, den Rechtsstreit zu entscheiden.<sup>929</sup> Für eine Antwort ist daher auf den Schiedsrichtervertrag zu blicken sowie auf das Recht, das auf diesen anzuwenden ist: Für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist dies – wenn eine Rechtswahl fehlt – nach herrschender Auffassung gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom-I-VO angeknüpft an das Recht am Schiedsort beim Standard eines dreiköpfigen Schiedsgerichts das deutsche Sachrecht, selbst wenn der Spruchkörper (auch) mit ausländischen Schiedsrichtern besetzt ist.<sup>930</sup>

<sup>927</sup> S. zu den zeitlichen Grenzen der Streitverkündung bei gebotener paritätischer Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung des Schiedsgerichts noch eingehend unten § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>928</sup> S. zur wertungsmäßigen Unzulässigkeit einer eigenwilligen Nebenintervention des Dritten oben § 4 I. 4. (S. 158 ff.) sowie dazu, dass diese infolgedessen nicht mehr gesondert in den Blick genommen wird, oben § 4 I. 4. c) (S. 162).

<sup>929</sup> BGHZ 98, 32, 33 f.; schon RGZ 74, 321, 322; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 115; *Gal*, Haftung des Schiedsrichters, 2009, S. 42 f.; *Zöller/Geimer*, § 1035 Rn. 23; *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 4; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, § 30 Rn. 1461; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 102.

<sup>930</sup> *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 116; *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 11; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, § 30 Rn. 1462; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 48 Rn. 3 (noch zu Art. 28 EGBGB); *Salger/Trittmann/Salger*, § 3 Rn. 116; kritisch dazu und mit weitergehender Differenzierung *Theune*, SchiedsVZ 2021, 177, 196 f. Teilweise wird jedoch auch auf das Schiedsverfahrensstatut abgestellt, vgl. etwa *Zöller/Geimer*, § 1035 Rn. 23 sowie die Nachweise bei *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 11 Fn. 30. Bei einem Einzelschiedsrichter stellt die herrschende Auffassung hingegen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Schiedsrichters ab (s. statt vieler *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 11; *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 158; auch insoweit auf das Recht des Schiedsortes abstellend aber *Salger/Trittmann/Salger*, § 3 Rn. 116). Da bei deutschem Schiedsort überwiegend auch ein in Deutschland ansässiger Einzelschiedsrichter gewählt

## 1. Beitritt des Dritten vor Konstituierung des Schiedsgerichts

Die Antwort ist einfach, wenn der Streitverkündungsempfänger dem Verfahren bereits vor der Konstituierung des Schiedsgerichts beigetreten ist, um an der Konstituierung mitzuwirken.

Diese Konstellation wird den praktischen Regelfall bilden. Denn wie die Untersuchung gezeigt hat, ist die Streitverkündung im Schiedsverfahren ohne Zustimmung des Dritten in der Regel<sup>931</sup> nur dann zulässig, wenn die Hauptpartei dem Dritten ermöglicht hat, paritätisch an der Konstituierung des Schiedsgerichts mitzuwirken.<sup>932</sup> Die Hauptpartei muss den Streit daher in der Regel bereits vor bzw. mit Einreichung der Schiedsklage oder auf der Beklagtenseite mit deren Empfang verkünden.<sup>933</sup> Der Streitverkündungsempfänger wird dann nicht selten sofort beitreten, um die ihm ermöglichte Mitwirkung an der Konstituierung aufgrund ihrer großen Bedeutung auch tatsächlich wahrzunehmen.

Liegt der Fall so, wird die Autonomie der Schiedsrichter durch den Beitritt des Dritten nicht berührt: Der Schiedsrichtervertrag kommt sowohl in der *ad hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit als auch in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit erst zustande, wenn der jeweilige Schiedsrichter die Annahme des Schiedsrichteramtes erklärt.<sup>934</sup> Je nach Ausgestaltung des Bestellungsverfahrens ist der Annahmeerklärung sodann die (förmliche) Bestellung des Schiedsrichters durch eine Partei bzw. die Parteien gemeinsam oder in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit durch die Schiedsinstitution nachgeschaltet. Zum Zeitpunkt der Annahmeerklärung müssen die Parteien sowie der Dritte die betreffenden Schiedsrichter jedoch logischerweise bereits *benannt* haben. Den Schiedsrichtern ist der Beitritt des Dritten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dadurch in aller Regel<sup>935</sup> bekannt. Oder anders gewendet: Wenn die Schiedsrichter ihre Annahme erklären, dann tun sie dies in Kenntnis der Streithilfe. Es kann dann für die Zulässigkeit des Beitritts nicht mehr notwendig sein, dass die Schiedsrichter (gesondert) zustimmen.<sup>936</sup>

---

werden dürfte, sei der Untersuchung im Folgenden auch insoweit die Anwendung des deutschen Sachrechts zugrunde gelegt.

<sup>931</sup> S. zu den engen Ausnahmen oben § 4 VI. 3. a) (S. 197 ff.).

<sup>932</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. (S. 196 ff.).

<sup>933</sup> S. zu den zeitlichen Grenzen der Streitverkündung im Schiedsverfahren noch unten § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>934</sup> S. zum Abschluss des Schiedsrichtervertrags *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 116 f.; *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 13 ff.; *Salger/Trittmann/Salger*, § 3 Rn. 122 f.; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 103 ff.

<sup>935</sup> Ist den Schiedsrichterkandidaten die Nebenintervention im Zeitpunkt ihrer Annahmeerklärung im Einzelfall doch nicht bekannt, beurteilt es sich wie sogleich unter § 4 VII. 2. (S. 216 ff.) dargestellt.

<sup>936</sup> Ebenso *Massuras*, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 470 f.



Ebenso wenig können die Schiedsrichter aufgrund des Beitritts des Dritten den Schiedsrichtervertrag nach § 626 Abs. 1 BGB<sup>937</sup> kündigen. Denn auf eine Tatsache, die bei Vertragsschluss bereits bestand und dem Vertragspartner bekannt war, kann ein Kündigungsgrund nicht gestützt werden<sup>938</sup> – dies wäre ein *venire contra factum proprium*.

Unabhängig davon können Schiedsrichter nach der gesetzlichen Konzeption der §§ 1038 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, 1039 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 ZPO freilich jederzeit – mit beliebigem (und insofern auch: ohne) Grund<sup>939</sup> – von ihrem Amt *zurücktreten*. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Nebenintervention weder für ihre Zulässigkeit der Zustimmung der Schiedsrichter bedarf noch einen Kündigungsgrund begründet. Denn das grundlose Rücktrittsrecht beruht allein auf dem Gedanken, dass ein unwilliger Schiedsrichter nicht zur (weiteren) Verfahrensführung geeignet ist.<sup>940</sup> Zudem lässt der nur auf prozessualer Ebene gewährte Rücktritt den Schiedsrichtervertrag unberührt.<sup>941</sup> Aus dem Schiedsrichtervertrag bleibt der betreffende Schiedsrichter daher zur Verfahrensführung verpflichtet. Und diese Verpflichtung stellt recht effektiv sicher, dass der Schiedsrichter nicht wegen einer Nebenintervention des Dritten zurücktritt. Denn nach vorzugswürdiger Auffassung kann der Schiedsrichtervertrag nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden – das Kündigungsrecht nach § 627 Abs. 1, 2 BGB ist unanwendbar, da aufgrund des von den Schiedsparteien mit dem Schiedsrichtervertrag verfolgten Zwecks, *die Streitentscheidung sicherzustellen*, konkludent abbedungen.<sup>942</sup>

<sup>937</sup> S. zur Anwendbarkeit von § 626 BGB auf den Schiedsrichtervertrag statt vieler *Altenkirch*, SchiedsVZ 2014, 113, 116; *Brockmann*, Schiedsrichterkündigung, 2018, S. 146; *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 6; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 130.

<sup>938</sup> *KR/Fischermeier/Krumbiegel*, § 626 BGB Rn. 99; *BeckOGK-BGB/Günther*, § 626 Rn. 204; *MüKo-BGB/Henssler*, § 626 Rn. 87.

<sup>939</sup> *KG NJOZ* 2010, 1217: „ohne dass es auf einen Rücktrittsgrund ankäme“; *BT-Drs.* 13/5274, S. 43; *Salger/Trittmann/Hilgard*, § 16 Rn. 48; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1039 Rn. 8; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 13 Rn. 11.

<sup>940</sup> *MüKo-ZPO/Münch*, § 1039 Rn. 8.

<sup>941</sup> Nahezu einhellige Auffassung *Brockmann*, Schiedsrichterkündigung, 2018, S. 136 f.; *Haarmann*, FS Geimer II, 2017, S. 139, 140; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1039 Rn. 8; *Ruckteschler/Stoß*, FS Kronke, 2020, S. 1517, 1519; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 13 Rn. 11; *Musielak/Voit/Voit*, § 1038 Rn. 3; a. A. wohl *Schütze*, FS Wegen, 2015, S. 751, 755 (der Rücktritt nach § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO schaffe mittelbar einen Grund zur außerordentlichen Kündigung).

<sup>942</sup> *RGZ* 101, 393; *RGZ* 126, 379; *LG Köln NJW-RR* 2013, 1273, 1275; *Zöller/Geimer*, § 1035 Rn. 28 (scheinbar sogar gegen jegliches Kündigungsrecht); *Haarmann*, FS Geimer II, 2017, S. 139, 154; *Habscheid*, KTS 1980, 285, 292 ff.; *Schütze*, FS Wegen, 2015, S. 751, 754 f.; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 129 f.; *Schwab*, FS Schiedermaier, 1976, S. 499, 514; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 13 Rn. 10; *Musielak/Voit/Voit*, § 1035 Rn. 29; *Schütze/Tscherning/Wais/Wais*, Rn. 302; grundsätzlich auch *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 4369 ff. A. A. (Kündigungsgrund nach § 627 BGB anwendbar und nicht typischerweise abbedungen, sondern nur Haftungsfolge nach § 627 Abs. 2 Satz 2 BGB) *Altenkirch*,



Da der „verfahrensunwillige“ Schiedsrichter seine Verfahrensführung aufgrund der prozessualen Rücktrittsmöglichkeit jederzeit beenden und also faktisch „kündigen“ kann (den Schiedsrichter zur Verfahrensführung zu zwingen, ist – auch wenn man einen dahingehenden Erfüllungsanspruch annimmt<sup>943</sup> – jedenfalls unpraktikabel<sup>944</sup>), kommt es auf die unterschiedlichen Meinungen zum Kündigungsrecht nach § 627 BGB im Ergebnis jedoch regelmäßig gar nicht an. Denn eine Kündigung des Schiedsrichtervertrags führt stets zu einer erheblichen Verzögerung, gefährdet die Prozessergebnisse und kostet Geld, erfolgt also während des gesamten Verfahrens „zur Unzeit“ im Sinne des § 627 Abs. 2 Satz 2 BGB.<sup>945</sup> Sowohl der unwirksam kündigende Schiedsrichter (dieser dann wegen schuldhafter Verletzung des Schiedsrichtervertrags) als auch der wirksam aber nach § 627 Abs. 2 Satz 2 BGB kündigende Schiedsrichter haften somit für den Kündigungsfolgeschaden und werden deswegen tunlichst davon absehen, wegen einer Nebenintervention den Schiedsrichtervertrag ohne Grund über den Rücktritt nach § 1039 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 ZPO zu „kündigen“.

## 2. Beitritt nach Konstituierung des Schiedsgerichts

Wie aber ist es zu beurteilen, wenn der Dritte dem Verfahren erst nach Konstituierung des Schiedsgerichts beitritt? Hierzu wird es in der Praxis vor allem dann kommen, wenn der Dritte zur Zulässigkeit der Streitverkündung ausnahmsweise nicht an der Konstituierung beteiligt werden muss<sup>946</sup> oder, kaum praxisrelevant, wenn er zwar paritätisch an der Konstituierung hätte beteiligt werden müssen, sich jedoch unter Verzicht hierauf mit der Besetzung des Schiedsgerichts einverstanden erklärt.

Gegen ein „Vetorecht“ der Schiedsrichter in Bezug auf den Beitritt des Dritten könnte sprechen, dass Verfahrensvereinbarungen, die die Parteien treffen, nach herrschender Auffassung auch nach der Konstituierung des Schiedsgerichts unabhängig von der Zustimmung der Schiedsrichter wirksam sind.<sup>947</sup> Führt die Verfah-

---

SchiedsVZ 2014, 113, 116; *Brockmann*, Schiedsrichterkündigung, 2018, S. 146 ff.; *MüKo-ZPO/Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 Rn. 56; *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rn. 177; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, § 30 Rn. 1466; *Ruckteschler/Stoß*, FS Kronke, 2020, S. 1517, 1521; *Stein/Jonas/Schlosser*, Vor § 1025 Rn. 29.

<sup>943</sup> S. dazu m.w.N. eingehend *Gal*, Haftung des Schiedsrichters, 2009, S. 127 ff.

<sup>944</sup> *Gal*, Haftung des Schiedsrichters, 2009, S. 131 ff.; *Ruckteschler/Stoß*, FS Kronke, 2020, S. 1517, 1521.

<sup>945</sup> Leicht abgeschwächt *Gal*, Haftung des Schiedsrichters, 2009, S. 315 f. (nur nicht zur Unzeit, „wenn noch keine wesentlichen Verfahrensschritte vorgenommen wurden“).

<sup>946</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. a) (S. 197 ff.).

<sup>947</sup> *Zöller/Geimer*, § 1042 Rn. 22; *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 65; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1042 Rn. 95; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1042 Rn. 14; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1042 Rn. 28; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005,

rensvereinbarung zu einem erhöhten Arbeitsaufwand der Schiedsrichter oder dazu, dass der Gegenstand des Verfahrens nicht mehr vom ursprünglichen Schiedsauftrag gedeckt ist, dann begründet dies unter Umständen lediglich einen höheren Honorarsanspruch oder ein außerordentliches Kündigungsrecht. Diese Auffassung, die sich im Primat der Verfahrensautonomie der Parteien gründet (vgl. § 1042 Abs. 3, 4 ZPO), ist auf die vorliegende Konstellation allerdings nur bedingt übertragbar. Denn nur selten wird der Beitritt des Dritten auf einer Verfahrensvereinbarung der Parteien beruhen: In der Praxis wird der Streitverkündungsempfänger meist beigetreten sein, *ohne* dass der Verfahrensgegner seine Zustimmung erteilt hat.

Die Situation erscheint dann in einem anderen Licht: Wie die Analyse hervorgebracht hat, ist der Beitritt des Dritten dem Verfahrensgegner zwar wertungsmäßig grundsätzlich unabhängig von seiner Zustimmung zuzumuten.<sup>948</sup> Hätte der Beitritt des Dritten allerdings zur Folge, dass die Schiedsrichter den Schiedsrichtervertrag kündigen können, wäre dies anders zu beurteilen. Denn die Kündigung eines Schiedsrichters führt zur Ersatzbestellung (vgl. etwa Art. 16.3 DIS-SchO; Art. 15 Abs. 1 ICC-SchO; Art. 22 Abs. 1 VIAC-SchO; Art. 11 Abs. 1 LCIA-SchO bzw. § 1039 Abs. 1 ZPO) und verzögert das Verfahren dadurch erheblich. Zudem können Prozessergebnisse „verloren gehen“, je nachdem, in welchem Verfahrensstadium es zur Ersatzbestellung kommt (anschaulich: Art. 11.3 LCIA-SchO). Um das schutzwürdige Interesse des Verfahrensgegners an einem verzögerungsfreien Ablauf des Primärverfahrens<sup>949</sup> zu schützen, müsste eine von einem Schiedsrichter abgelehnte Streithilfe somit notwendigerweise als unzulässig angesehen werden.

Allerdings bleibt die Überlegung hypothetisch, denn der Beitritt des Dritten begründet nach vorzugswürdiger Auffassung auch, wenn er nach der Konstituierung des Schiedsgerichts erfolgt, *im absoluten Regelfall kein Kündigungsrecht*.<sup>950</sup> Die

---

Kap. 15 Rn. 30; a. A. *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rn. 77; *Schütze/Tscherning/Wais/Wais*, Rn. 337.

<sup>948</sup> S. dazu im Kontext der Privatautonomie des Verfahrensgegners oben § 4 I. 3. (S. 157 f.), im Kontext der Vertraulichkeit oben § 4 V. 2. (S. 183 ff.) und im Hinblick auf die Konstituierung des Schiedsgerichts oben § 4 VI. 3. c) bb) (S. 203 ff.).

<sup>949</sup> S. zur hohen Gewichtung dieses Interesses die Analyse zum staatlichen Zivilprozess oben § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>950</sup> *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 65; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1042 Rn. 86; ähnlich auch *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 82 f.; *Hamann/Lennarz*, SchiedsVZ 2006, 289, 291 („wenn die Arbeitsbelastung [...] unverhältnismäßig steigt, [...] allenfalls“ Kündigungsrecht); *Massuras*, Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 475 f.; *Schlosser*, FS Geimer I, 2002, S. 947, 956 („kaum jemals“); *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 45; a. A. die herrschende Meinung (für ein Vetorecht der Schiedsrichter im Hinblick auf die Nebenintervention) *Beringe*, DB 1954, 776, 777; *Elsing*, SchiedsVZ 2004, 88, 92; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 2832; *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 569, 575; *Mohrbutter*, KTS 18 (1957), 33, 34; *Raeschke-Kessler/Berger*, Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rn. 777; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 50 Rn. 7; s. *Thomas*, FS Geimer II, 2017, S. 735, 738; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 18; *Schütze/Tscherning/Wais/Wais*, Rn. 364; *Zerhusen*, FS Thode,

Schiedsrichter müssen stets damit rechnen, dass sich im Laufe des Verfahrens der Streitgegenstand ändert – etwa durch Klageänderung oder Widerklage –, die Parteien besonders „materialintensiv“ miteinander streiten, sich der Fall als besonders komplex entpuppt etc. Es ist den Schiedsrichtern somit nach allgemeinem Verständnis *grundsätzlich* zuzumuten, dass sich nach Abschluss des Schiedsrichtervertrags der Schiedsauftrag in seinem Umfang ausweitet und dadurch oder unabhängig davon der (prognostizierte) Arbeitsaufwand erhöht<sup>951</sup>: Wenn sich die Schiedsrichter dazu verpflichten, den Streit zu entscheiden, dann übernehmen sie eben dieses Risiko. Freilich gibt es hierfür auch eine Grenze: Jedenfalls, wenn sich der Gegenstand des Verfahrens in seinem Verlauf so stark ändert, dass dem ursprünglichen Schiedsauftrag, auf dessen Basis die Schiedsrichter die Annahme ihres Amts erklärt haben, der Boden entzogen ist, dann mag dies ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Schiedsrichtervertrags begründen.<sup>952</sup> Der Umstand, der zur Kündigung berechtigt, ist allerdings auch dann nicht primär die zusätzliche Arbeitsbelastung, sondern die faktische Veränderung des Schiedsauftrags, die dem ursprünglichen Schiedsauftrag seine Grundlage entzieht.<sup>953</sup> Denn dass sich die Arbeitsbelastung auf Basis des ursprünglichen Schiedsauftrags als besonders hoch entpuppt, ist stets Risiko der Übernahme eines (Schieds-)Verfahrens und kann daher grundsätzlich allein einen höheren Honoraranspruch begründen.

Es liegt jedoch fern, dass eine Nebenintervention diese Grenze jemals auch nur erblickt. Denn der Gegenstand des Verfahrens und damit auch der Schiedsauftrag ändert sich durch eine *Nebenintervention aufgrund ihrer Akzessorietät* nicht.<sup>954</sup> Da aber gerade dies primärer Bezugspunkt eines möglichen Kündigungsrechts der Schiedsrichter ist, ließe sich mit *Markfort* ein Kündigungsrecht gestützt auf den Beitritt des Dritten auch generell ablehnen.<sup>955</sup> Im jeweiligen Schiedsrichtervertrag könnte jedoch, auch wenn praktisch betrachtet nicht besonders relevant, ein anderer Bezugspunkt angeordnet sein – wie etwa direkt den Arbeitsmehraufwand. Daraus folgt das Fazit: Ein Kündigungsrecht scheidet *jedenfalls im absoluten Regelfall* aus. Denn eine Nebenintervention verursacht keinen wesentlichen Arbeitsmehrauf-

---

2005, S. 355, 361. Das OLG Stuttgart SchiedsVZ 2003, 84, 86 hat sich entgegen teilweisen Behauptungen hingegen nicht positioniert, denn es musste dies nicht: Das Schiedsgericht hatte der Nebenintervention zugestimmt.

<sup>951</sup> *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 82; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 473 f.; *Schlosser*, FS Geimer I, 2002, S. 947, 956; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 31 (zur Widerklage); über die Konstruktion eines antizipierten grundsätzlichen Einverständnisses im Ergebnis auch *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 4133 f.

<sup>952</sup> *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 82 f.; ähnlich *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 4134 („nach den Grundsätzen der Änderung der Geschäftsgrundlage“).

<sup>953</sup> *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 82.

<sup>954</sup> Darauf hinweisend auch *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 65; *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 1998, S. 473.

<sup>955</sup> *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit, 1994, S. 65.

wand.<sup>956</sup> Dies hat bereits die Analyse zum staatlichen Gerichtsverfahren gezeigt: Die Akzessorietät der Prozessführungsbefugnis des Dritten zur Hauptpartei stellt sicher, dass das Primärverfahren weder inhaltlich ausgeweitet und kaum zeitlich verzögert wird.<sup>957</sup> Der maximale Arbeitsmehraufwand, der von einer Streithilfe ausgehen kann, ist damit stark limitiert. Er besteht in einem minimal erhöhten administrativen Aufwand, um den Dritten in die Kommunikation während des Schiedsverfahrens einzubinden und ihn an der mündlichen Verhandlung teilhaben zu lassen, und – sofern der Verfahrensgegner einen entsprechenden Antrag stellt – in der Durchführung des Zwischenstreits. Der Aufwand der Prüfung des „rechtlichen Interesses“ im Zwischenstreit ist jedoch überschaubar. Demgegenüber haben typische Einwirkungen auf den Schiedsauftrag, die den Schiedsrichtern nach gefestigter Auffassung zumutbar sind und also kein Kündigungsrecht begründen (wie etwa die Widerklage<sup>958</sup>), eine deutlich höhere Arbeitsbelastung zur Folge.<sup>959</sup>

Im absoluten Regelfall begründet die Nebenintervention somit allenfalls einen höheren Honoraranspruch. Ob dies der Fall ist, hängt vom jeweiligen Schiedsrichtervertrag bzw. in institutionellen Schiedsordnungen von den Regelungen der Schiedsordnungen ab, die diesen flankierenden. Häufig begründet nur ein erheblicher Mehraufwand ein höheres Honorar (vgl. etwa Anlage 2 Ziff. 2.5 zur DIS-SchO: „In Fällen von besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Komplexität“; Art. 38 Abs. 2 ICC-SchO: „aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles notwendig“; Anlage B Ziff. 2.6 Satz 2 Swiss Rules: „In Ausnahmefällen“).<sup>960</sup> In diesem Fall dürfte die Nebenintervention diese Schwelle allenfalls dann überschreiten, wenn es zum Zwischenstreit über ihre Zulässigkeit kommt. Anders liegt es, wenn die Schiedsrichter mit einem Honorar auf Stundenbasis vergütet werden (vgl. etwa die Gebührenordnung der LCIA-SchO<sup>961</sup> oder § 6 (1) SOBau). Damit verbleibt hinsichtlich der wertungsmäßigen Zulässigkeit der streitverkündungsbedingten Nebenintervention nur noch die Frage der Kostenverteilung. Wer etwaige Mehrkosten für das höhere Honorar zu tragen hat, wird an späterer Stelle untersucht.<sup>962</sup>

Damit bleibt festzuhalten: Der Beitritt des Dritten als Nebenintervenient ist im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mit der im Vordringen befindlichen Auffassung weder von einer Zustimmung der Schiedsrichter abhängig, noch begründet

<sup>956</sup> So im Kontext der untersuchten Fragestellung auch *Schlosser*, FS Geimer I, 2002, S. 947, 956; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 45.

<sup>957</sup> S. dazu oben § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>958</sup> S. dazu etwa *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 148 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 31; *Stolzke*, Aufrechnung und Widerklage in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, S. 114 ff., 133 f.; *Musielak/Voit/Voit*, § 1046 Rn. 14.

<sup>959</sup> Darauf hinweisend auch *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 82 f.; *Schlosser*, FS Geimer I, 2002, S. 947, 956.

<sup>960</sup> Ähnlich Art. 44 Abs. 8 VIAC-SchO. Etwas weiter Art. 41 UNCITRAL-SchO.

<sup>961</sup> S. unter [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/schedule-of-costs.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs.aspx).

<sup>962</sup> S. dazu unten § 4 X. 1. a) (S. 227 ff.).

der Beitritt des Dritten für die Schiedsrichter (bei einem Beitritt nach Konstituierung des Schiedsgerichts: im absoluten Regelfall) das Recht, den Schiedsrichtervertrag außerordentlich zu kündigen.

### VIII. Verbraucherschutz

Sind Verbraucher – d.h. Personen, die bei Abschluss des Geschäfts als Verbraucher handeln (würden), das von der das Primärverfahren konstituierenden Schiedsvereinbarung erfasst wird<sup>963</sup> – in irgendeiner Weise vor den Folgen zu warnen bzw. zu schützen, die sie als Empfänger einer Streitverkündung im Schiedsverfahren trifft?

Das deutsche Schiedsverfahrensrecht schützt Verbraucher, indem es den Abschluss einer Schiedsvereinbarung bei ihrer Beteiligung nach § 1031 Abs. 5 ZPO unter besondere Formanforderungen stellt. Dadurch sollen Verbraucher – aufgrund ihrer typisierten Unerfahrenheit und ihres typisierten rationalen Desinteresses – davor gewarnt werden, vorschnell und „im Kleingedruckten“<sup>964</sup> eine Schiedsvereinbarung abzuschließen. Verbraucher sollen sich also bei Abschluss über die Bedeutung einer Schiedsvereinbarung wohlbewusst sein.<sup>965</sup> Eine mit § 1031 Abs. 5 ZPO vergleichbare Warnung erhält ein Verbraucher-Streitverkündungsempfänger nicht. Denn sie läuft hinsichtlich der Streitverkündungswirkung leer, deren Eintritt nicht von einer Handlung des Streitverkündungsempfängers abhängt. Verbraucherschutz müsste demzufolge im Bereich der Streitverkündung anders gestaltet werden – außer man wollte die Streitverkündungswirkung etwa von einer formalen „Gegenzeichnung“ der Streitverkündungsschrift und damit effektiv von der Zustimmung des Verbrauchers abhängig machen.

Es spricht jedoch viel dafür, dass Beschränkungen des Streitverkündungsrechts gegenüber Verbrauchern im Schiedsverfahren jedenfalls nach der *lex lata* nicht angezeigt sind. Denn ein besonderer Schutz von Verbrauchern *vor einer Streitverkündung* ist im deutschen Prozessrecht insgesamt nicht angelegt: Verbrauchern ist auch im Bereich deutscher Zivilprozesse ohne formale Warnung eine streitverkündungsbedingte Einlassung an Gerichtsständen aufgebürdet, die hinsichtlich der Streitverkündungswirkung den Heimatgerichtsstand bzw. die für den Sekundärprozess eröffneten Gerichtsstände entziehen. Denn die mit § 1031 Abs. 5 ZPO funktional vergleichbare Schutznorm des § 38 Abs. 3 ZPO greift nur, wenn ein

<sup>963</sup> BGH NJW 2005, 1273, 1274; OLG Hamm BeckRS 2007, 15564 unter II.1.b)bb); MüKo-ZPO/Münch, § 1031 Rn. 57 f.; Thümmel, FS Schütze I, 1999, S. 935, 936; Musielak/Voit, § 1031 Rn. 9.

<sup>964</sup> BGHZ 202, 168, 179 f.; BGHZ 162, 9, 15.

<sup>965</sup> S. statt vieler BT-Drs. 13/5274, S. 37; BGH NJW 2011, 2976 Rn. 6; MüKo-ZPO/Münch, § 1031 Rn. 9; Wiczeorek/Schütze/Schütze, § 1031 Rn. 2; Thümmel, FS Schütze I, 1999, S. 935, 942.

Nicht-Kaufmann eine Gerichtsstandsvereinbarung über seine unmittelbare klageweise Einlassungspflicht trifft. Nicht aber schützt sie den *streitverkündeten* Nicht-Kaufmann. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur, soweit ersichtlich, seit jeher unbestritten und findet neben der Gesetzessystematik darin eine Stütze, dass § 38 Abs. 3 ZPO nicht auf Streitverkündungsempfänger ausgeweitet wurde, obwohl bei Einführung der Norm durch die Gerichtsstandsnovelle im Jahr 1974<sup>966</sup> bekannt war, dass Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten von Streitverkündungsempfängern wirken können<sup>967</sup>. Auch das zum 1. April 2025 in Kraft getretene Justizstandort-Stärkungsgesetz<sup>968</sup> zur Einführung von Commercial Courts legt dieses Verständnis zugrunde: Die Parteien können für den Primärprozess einen Commercial Court wählen (und damit auf die Berufungsinstanz verzichten), ohne dass der Dritte davor in der Form des § 38 Abs. 3 ZPO gewarnt werden müsste (Umkehrschluss aus §§ 119b Abs. 2; 184a Abs. 4 GVG). Schließlich werden streitverkündungsähnliche Bindungswirkungen ausländischer Zivilprozesse in Deutschland anerkannt, ohne dass es für die damit verbundene, teilweise Derogation des deutschen bzw. teilweise Prorogation des ausländischen Rechtsschutzes gegenüber einem streitverkündeten Verbraucher auf die Warnungen der § 38 Abs. 3 ZPO; Art. 25 Abs. 4, 19 EuGVVO ankommt.<sup>969</sup>

Ein besonderer Schutz von Verbraucher-Streitverkündungsempfängern ist somit nach der positivrechtlichen Wertungslage im deutschen (und europäischen) Prozessrecht nicht angezeigt. Nicht zuletzt da das Schutzniveau der Warnung nach § 1031 Abs. 5 ZPO nicht über das nach § 38 Abs. 3 ZPO; Art. 25 Abs. 4, 19 EuGVVO hinausgeht,<sup>970</sup> erscheint es *de lege lata* daher ebenso wenig geboten, die streitverkündungsbedingte Einlassung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO von einer formalen Warnung abhängig zu machen oder das Streitverkündungsrecht auf andere Weise einzuschränken.

<sup>966</sup> Gesetz zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 21. März 1974, BGBl. I, S. 753.

<sup>967</sup> S. dazu schon die Motive, S. 68 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 162.

<sup>968</sup> Gesetz zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stärkungsgesetz) v. 7. Oktober 2024, BGBl. 2024 I Nr. 302.

<sup>969</sup> Im autonomen Anerkennungsrecht folgt dies daraus, dass gegenüber dem Streitverkündungsempfänger nach nahezu einhelliger Auffassung keine internationale Anerkennungszuständigkeit (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) bestehen muss (s. dazu mit zahlreichen Nachweisen oben § 41.2. a) aa) (S. 141 ff.) in Fn. 576. Im Anwendungsbereich der EuGVVO folgt dies aus dem Zusammenspiel von Art. 65 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 EuGVVO). Ob der streitverkündete Verbraucher die Zuständigkeit des ausländischen Primärgerichts nach § 38 Abs. 3 ZPO; Art. 25 Abs. 4; 19 EuGVVO wirksam hätte vereinbaren können, ist daher irrelevant.

<sup>970</sup> Das Erfordernis von § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO; Art. 19 Nr. 1 EuGVVO, wonach die Streitigkeit bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung bereits entstanden sein muss, stellt mindestens wie das eigenhändige Unterzeichnung nach § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO sicher, dass der Betroffene die Tragweite seiner Vereinbarung – sogar: konkret – vor Augen hat.

*De lege ferenda* könnte der Schutz von Verbraucher-Streitverkündungsempfängern jedoch zu erwägen sein. Denn im Allgemeinen wird das Gerichtsstandsinteresse von Verbrauchern sowohl im deutschen als auch im europäischen Prozessrecht als besonders gewichtig angesehen – wie die formalen Schutznormen des § 38 Abs. 3 ZPO und der Art. 25 Abs. 4, 19 EuGVVO aber auch (einseitig) ausschließliche Verbrauchergerichtsstände zeigen (vgl. etwa § 29c ZPO; Art. 17 ff. EuGVVO). Vor diesem Hintergrund mag eine Neubestimmung der Abwägung zwischen den Interessen der Hauptpartei (an einer Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts und an einer Unterstützung durch den Dritten) mit dem konfligierenden Gerichtsstandsinteresse des Dritten erwogen werden. Diese Frage soll jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

## IX. Die öffentlichen Interessen der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit

Wie die Analyse hervorgebracht hat, geht die Streitverkündungswirkung im deutschen Zivilprozess in einem bestimmten Punkt<sup>971</sup> maßgeblich auf die Prinzipien der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit zurück:

Trifft die Hauptpartei am Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts ein Verursachungsbeitrag, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist, müsste dem Dritten nach den einschlägigen Wertungen mit Zuweisungsgehalt im Parteienverhältnis eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung (die *exceptio mali processus*) zustehen.<sup>972</sup> Dass die Streitverkündung gleichwohl auch in solchen Konstellationen wirksam sein kann (vgl. § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO *ex negativo*), beruht demgegenüber auf den Wertungen, Justizressourcen zu schonen und widersprüchliche Feststellungen zu vermeiden.<sup>973</sup>

Ist die Reichweite der Streitverkündung, soweit sie auf den genannten öffentlichen Interessen beruht, auch bei einer Streitverkündung im Schiedsverfahren gerechtfertigt?

### 1. Kein maßgebliches Gewicht öffentlicher Interessen im Schiedsverfahren

Gegen eine legitimierende Kraft der Prozessökonomie für eine arbitrale Streitverkündungswirkung spricht, dass ihr nach einhelligem Verständnis im Schiedsverfahren generell (jedenfalls nahezu) kein Gewicht zukommt: Die Parteien des Schiedsverfahrens finanzieren dieses schließlich selbst, nehmen Ressourcen der

<sup>971</sup> S. dazu, dass öffentlichen Interessen im Generellen keine Maßgabe für die hinter Streitverkündung und Nebenintervention stehende Interessenabwägung zukommt, oben § 31.4. c) aa) (S. 100 ff.).

<sup>972</sup> S. dazu oben § 31.4. b) (S. 96 ff.).

<sup>973</sup> S. dazu oben § 31.4. c) bb) (S. 101 f.).



staatlichen Ziviljustiz somit nicht oder jedenfalls kaum<sup>974</sup> in Anspruch.<sup>975</sup> Auch die aus der Prozessökonomie konkretisierte Wertung, dass doppeltes Prozessieren in derselben Sache zur Schonung von Justizressourcen vermieden werden soll, ist im Schiedsverfahrensrecht demzufolge nicht tragend.

Anschaulich wird dies hinsichtlich der Rechtskraft von Schiedssprüchen (§ 1055 ZPO): Entscheidet ein staatliches Gericht über einen Sachverhalt, über den bereits ein Schiedsgericht entschieden hat, werden nur *einfach* Justizressourcen in Anspruch genommen. Einfach stehen die Ressourcen der staatlichen Ziviljustiz den Rechtsschutzsuchenden aber stets zur Verfügung; ihre erstmalige Inanspruchnahme darf nicht aus prozessökonomischen Erwägungen beschränkt werden.<sup>976</sup> Lediglich eine *doppelte* Inanspruchnahme verhindert die Rechtskraft in begrenztem Umfang (auch) zugunsten der Prozessökonomie durch das Doppelverhandlungsverbot des *ne bis in idem*.<sup>977</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Prozessökonomie keine die Rechtskraft von Schiedssprüchen tragende Wertung: In der Konsequenz können die Parteien über die Rechtskraft des Schiedsspruchs nach nahezu einhelliger – und vom Reformgesetzgeber geteilter<sup>978</sup> – Auffassung disponieren und etwa einen bereits rechtskräftigen Schiedsspruch wieder beiseitelegen, um ihren Streit (erstmal) durch ein staatliches Gericht entscheiden zu lassen.<sup>979</sup>

<sup>974</sup> Justizressourcen werden im Schiedsverfahren nur in Anspruch genommen, soweit staatliche Gerichte im Rahmen des Verfahrens (unterstützend) tätig werden – wie etwa bei einer Unterstützung bei einer Beweisaufnahme nach § 1050 ZPO oder im Rahmen der Aufhebungsklage.

<sup>975</sup> Prägnant *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 715 f.; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 49; zudem *Hoffmann*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 131, 134; *Kleinschmidt*, SchiedsVZ 2006, 142, 144; *Pika*, ZZP 131 (2018), 225, 238; zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, Rn. 16–40.

<sup>976</sup> Deziert *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 81 f.; *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2014, S. 106, 190; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 715 f.; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 49; zudem bereits *Böttcher*, FS Deutscher Juristentag I, 1960, S. 511, 530.

<sup>977</sup> BGHZ 93, 287, 289; BGHZ 123, 30, 34 – Indorektal II; BGH NJW 2004, 1805, 1806; *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 203 f.; *Wieczorek/Schütze/Büscher*, § 322 Rn. 12; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 322 Rn. 3; *Pika*, ZZP 131 (2018), 225, 229; *Wagner*, FS Schilken, 2015, S. 553, 564; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 715.

<sup>978</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 56 f. (Berücksichtigung der Rechtskraft des Schiedsspruchs nur auf Einrede).

<sup>979</sup> S. statt vieler BGH NJW-RR 2019, 762 Rn. 5; BGH BB 1961, 264 Rn. 2; OLG Stuttgart OLGR 2002, 166, 167; OLG Bremen NJW 1957, 1035; BayObLG MDR 1984, 496; *Zöller/Geimer*, § 1055 Rn. 10; *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 59; *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2014, S. 188 ff.; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1055 Rn. 31; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1055 Rn. 8; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1055 Rn. 12; *Wagner*, FS Schilken, 2015, S. 553, 563 ff.; *Wagner*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 7, 49; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 714 f.; *BeckOK-ZPO/Wilske/Markert*, § 1055 Rn. 4; a. A. *Gaul*, FS Sandrock, 2000, S. 285, 323 ff.; *Lindacher*, KTS 1966, 153 ff.; *Loritz*, ZZP 105 (1992), 1, 12 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 21 Rn. 7;



Die vorstehenden Gedanken übertragen, kommt der Prozessökonomie auch für die Wirkung einer Streitverkündung im Schiedsverfahren kein tragendes Gewicht zu. Denn auch insoweit werden erstmals im Sekundärprozess Ressourcen der staatlichen Ziviljustiz in Anspruch genommen. Die Prozessökonomie *im Individualinteresse* – also das Interesse der Hauptpartei, durch die Bindungswirkung eigene Ressourcen zu sparen – kann die hier in Rede stehende Reichweite der Streitverkündungswirkung ebenfalls nicht legitimieren. Denn die Hauptpartei ist gerade nicht schutzwürdig, soweit sie am Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts ein zu demjenigen des Dritten mindestens vergleichbarer Verursachungsbeitrag trifft.

Schließlich beherrscht die aus der Rechtssicherheit konkretisierte Wertung, zur Sicherung des Vertrauens in die Rechtsprechung widersprüchliche Feststellungen zu vermeiden, das Schiedsverfahren allenfalls mit geringfügigem Gewicht.<sup>980</sup> Denn das Vertrauen in die Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus wird durch widersprüchliche Schiedssprüche in ungleich geringerem Maß erschüttert, als durch widersprüchliche Urteile das Vertrauen in die staatliche Justiz.<sup>981</sup> Während die staatliche Ziviljustiz als *einheitliche* Gerichtsbarkeit erscheint, gibt es nicht *die* Schiedsgerichtsbarkeit. Vielmehr ist jedes Schiedsverfahren mit selbst gewähltem Spruchkörper und maßgeschneiderter Verfahrensführung höchst individuell. Außerdem muss ein Schiedsverfahren wegen seiner Finanzierung durch die Parteien nicht dazu dienen, die materielle Rechtsordnung durchzusetzen und fortzubilden (vgl. auch die explizite Öffnung für eine Entscheidung *ex aequo et bono* nach § 1051 Abs. 3 ZPO).<sup>982</sup>

Den Prinzipien der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit sowie den darauf beruhenden Wertungen, doppeltes Prozessieren in derselben Sache bzw. widersprüchliche Feststellungen zu vermeiden, kommt demnach kein legitimierendes Gewicht für die Reichweite der Wirkung einer im Schiedsverfahren erklärten Streitverkündung zu.

---

*Spohnheimer*, Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkennnis des Schiedsspruchs, 2010, S. 24 f. (der den Schiedsspruch als „antezipiertes Legalanerkennnis“ auffasst); *Walter*, FS Gottwald, 1990, S. 539, 555.

<sup>980</sup> *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 60 ff.; *Pika*, ZZP 131 (2018), 225, 238; a. A. *Bartels*, BB 2001 Beil. 7, 20, 21.

<sup>981</sup> Ebenso *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 60 ff.

<sup>982</sup> *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 64; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 171; *Nariman*, LA Böckstiegel, 2001, S. 555, 556; auf die prozedurale Privatautonomie gestützt *Münch*, Bitburger Gespräche, 2016, S. 53, 94 ff. Aus der internationalen Literatur *Newdigate*, Arbitr. Int. 2007, 431, 431 f.; a. A. *Kotzorek*, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit, 1987, S. 21.

## 2. Folgerung für die Reichweite der arbitralen Streitverkündungswirkung

In der Konsequenz ist die Reichweite der Streitverkündungswirkung *nur insoweit auf eine arbitrale Streitverkündung zu übertragen, als sie nicht auf den genannten öffentlichen Interessen beruht*. Denn nur so weit ist ein streitverkündungsbedingter Interessenschutz folgerichtig – nur so weit verlangt die normative Idee der Einheit der Rechtsordnung nach einer Wertungsanalogie.<sup>983</sup> Dem Dritten ist die *exceptio mali processus* gegen die Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO somit schon dann zu gewähren, wenn die Hauptpartei hinsichtlich ihrer mangelhaften Prozessführung ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist.

## X. Kosten

Wie die Analyse hervorgebracht hat, sind die durch eine Streitverkündung und auf ihr beruhende Intervention des Dritten verursachten Mehrkosten im deutschen Zivilprozess wie folgt zu verteilen:

1. Die Streitverkündungskosten im Vorfeld einer Streithilfe trägt unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärverfahrens die Hauptpartei.<sup>984</sup>
2. Die Kosten, die der Dritte im Rahmen seiner zur Hauptpartei akzessorischen Prozessführung verursacht und die also Kosten ersetzen, die ohnehin anlässlich der Prozessführung zwischen den Verfahrensparteien angefallen wären, werden als Kosten des Rechtsstreits behandelt und daher im Verhältnis der Parteien des Primärverfahrens verteilt.<sup>985</sup>
3. Die Kosten eines möglichen Zwischenstreits über die Zulassung der Nebenintervention trägt, je nach Ausgang des Zwischenstreits, entweder der ohne Interventionsgrund beitretende Dritte oder der zu Unrecht dessen Zurückweisung beantragende Verfahrensgegner.<sup>986</sup>
4. Die sonstigen interventionsbedingten Mehrkosten (insbesondere die Kosten des Dritten für seine Beratung über den Beitritt und – Prozesskosten nicht ersetzende – Kosten für seine Vertretung im Primärprozess sowie durch den Dritten möglicherweise veranlasste Gerichtskosten) trägt für den – hier nurmehr untersuchten<sup>987</sup> – Fall einer streitverkündungsbedingten Intervention unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärverfahrens grundsätzlich die Hauptpartei.<sup>988</sup>

<sup>983</sup> S. dazu oben § 2 II. (S. 35 ff.).

<sup>984</sup> S. dazu oben § 3 V. 1. (S. 125 f.).

<sup>985</sup> S. dazu oben § 3 V. 2. a) (S. 127).

<sup>986</sup> S. dazu oben § 3 V. 2. b) (S. 128 f.).

<sup>987</sup> S. zur wertungsmäßigen Unzulässigkeit einer eigeninitiativen Nebenintervention des Dritten im Schiedsverfahren oben § 4 I. 4. (S. 158 ff.).

<sup>988</sup> S. oben § 3 V. 2. c) bb) (S. 131 f.) zur Kostenverteilung und § 3 V. 2. c) aa) (S. 129 ff.) zur Begründung der Korrektur des § 101 Abs. 1 ZPO *de lege lata*.

## 1. Übertragbarkeit der Kostenverteilung auf das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO

Diese Kostenverteilung kann auf ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO übertragen werden. Denn das für die obige Verteilung maßgebliche Veranlassungsprinzip<sup>989</sup> liegt auch der Kostenverteilung des § 1057 ZPO zugrunde:<sup>990</sup> Es zeigt sich zum einen in der „Costs follow the event“-Regel des § 1057 Abs. 1 Satz 2 ZPO,<sup>991</sup> die das Paradigma des Veranlassungsprinzips darstellt. Außerdem beruht die Beschränkung der Ersatzfähigkeit externer Kosten des Schiedsverfahrens in § 1057 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten“ auf dem Veranlassungsprinzip.<sup>992</sup>

Die Schiedsparteien könnten in ihrem Verhältnis von der dispositiven Kostenregelung des § 1057 ZPO abweichen – insbesondere durch Wahl einer Schiedsordnung mit abweichender Kostenverteilung. Ebenso wie die Intervention selbst, wird allerdings auch die Verteilung interventionsbedingter Mehrkosten in den allermeisten Schiedsordnungen nicht geregelt. Stattdessen stellen Schiedsordnungen typischerweise die Verteilung sämtlicher Kosten in das weite Ermessen des Schiedsgerichts (vgl. Art. 32.2, 32.3 DIS-SchO; Art. 38 Abs. 5 ICC-SchO; Art. 28 LCIA-SchO; Art. 40 Swiss-Rules; Art. 38 Abs. 2 VIAC-SchO) und lassen das Veranlassungsprinzip insbesondere durch die – international weit verbreitete<sup>993</sup> – „Costs follow the event“-Regel als für die Kostenverteilung maßgebliche Wertung anklängen<sup>994</sup>, sodass Raum für die oben genannte Kostenverteilung besteht. Gleiches gilt für die SOBau, die in § 17 zwar eine arbitrale Streitverkündung regelt, jedoch hinsichtlich der Kostenverteilung in § 22 pauschal auf § 1057 ZPO verweist.

<sup>989</sup> S. zur Maßgeblichkeit des Veranlassungsprinzips (auch) für die Verteilung der interventionsbedingten Mehrkosten an verschiedenen Stellen in der Analyse oben § 3 V. (S. 124 ff.) sowie *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022, S. 235; *Windel*, ZZP 104 (1991), 321, 346.

<sup>990</sup> S. dazu BT-Drs. 13/5274, S. 57; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1057 Rn. 23 f.; Wiczeorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 3; *Schlabrendorff/Sessler*, Arbitration in Germany, 2. Aufl., 2015, § 1057 Rn. 33; deutlich werdend auch bei *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 1929 ff. Allgemein zur Nähe des § 1057 ZPO zu den §§ 91 ff. ZPO *Kühn/Gantenberg*, DIS-Materialien X, 2005, S. 83, 88; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1057 Rn. 23.

<sup>991</sup> S. zu dieser Wiczeorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 3; *Trittmann*, ZVglRWiss 114 (2015), 469, 472; *Salger/Trittmann/Risse*, § 26 Rn. 9.

<sup>992</sup> MüKo-ZPO/*Münch*, § 1057 Rn. 28. Hinsichtlich der Parallele in § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO klingt dies an bei RGZ 150, 37, 41; BeckOK-ZPO/*Jaspersen*, § 91 Rn. 118. Der Bundesgerichtshof führt die Beschränkung der Ersatzfähigkeit auf zur Rechtsverfolgung erforderliche Kosten nur allgemein auf Treu und Glauben zurück, vgl. BGH NJW-RR 2013, 442 Rn. 9; BGH NJW 2007, 2257 Rn. 13.

<sup>993</sup> *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 9.93.

<sup>994</sup> Durch den Verweis auf das Unterliegensprinzip in Art. 33.3 Satz 3 DIS-SchO; Art. 28.4 LCIA-SchO; Art. 40 Satz 1 Swiss-Rules. Durch die Berücksichtigung der Effizienz der Verfahrensführung der Parteien in Art. 33.3 Satz 3 DIS-SchO; Art. 38 Abs. 5 ICC-SchO; Art. 40 Satz 2 Swiss-Rules; Art. 38 Abs. 2 Satz 3 VIAC-SchO.

*a) Die Legitimität der Kostenverteilung auch bei schiedsspezifischen Mehrkosten*

Eine Nebenintervention im Schiedsverfahren hat allerdings das Potenzial, höhere Kosten zu verursachen, als eine Intervention im deutschen staatlichen Zivilprozess („schiedsspezifische Mehrkosten“):

Zwar werden für die Vertretung des Dritten bei der Prozessführung regelmäßig vergleichbare Anwaltshonorare anfallen, wenn ein und derselbe Streit entweder vor einem deutschen staatlichen Gericht oder vor einem Schiedsgericht mit Schiedsort in Deutschland ausgetragen wird,<sup>995</sup> da in beiden Fällen typischerweise ein in der Höhe vergleichbares Stundenhonorar oder eine Vergütung nach RVG (vgl. § 36 Abs. 1 RVG) vereinbart sein wird (insoweit besteht aufgrund der Beschränkung des Schiedsverfahrens auf eine Instanz sogar das Potenzial für eine erhebliche Kosteneinsparung). Zudem dürfte es die Ausnahme darstellen, dass die Prozessführung des Dritten höhere Honoraransprüche der Schiedsrichter begründet. Denn der Dritte verursacht durch seine zur Hauptpartei akessorische Prozessführung hauptsächlich Arbeitsaufwand, der sonst durch die Hauptpartei verursacht worden wäre.

Schiedsspezifische Mehrkosten können jedoch bei einem Zwischenstreit über die Nebenintervention anfallen. Denn während im deutschen Zivilprozess keine gesonderten Gerichtsgebühren für den Zwischenstreit erhoben werden,<sup>996</sup> begründet ein Zwischenstreit im Schiedsverfahren wegen des anfallenden Arbeitsmehraufwands möglicherweise einen höheren Honoraranspruch der Schiedsrichter: Wenn die Schiedsrichter mit einer Pauschale vergütet werden, mag mit dem Zwischenstreit in der Gesamtschau die in Schiedsordnungen verbreitet enthaltene Schwelle überschritten werden, wonach sich der Honoraranspruch bei besonders aufwändiger Verfahrensführung erhöht (vgl. etwa Anlage 2 Ziff. 2.5 DIS-SchO; Art. 38 Abs. 2 ICC-SchO; Art. 44 Abs. 8 VIAC-SchO; Anlage B Ziff. 2.6 Satz 2 Swiss Rules). Bei Vergütung nach einem Stundenhonorar erhöht sich der Honoraranspruch entsprechend des für die Administration des Zwischenstreits angefallenen Zeitaufwands (so etwa nach der LCIA-SchO<sup>997</sup>). Zudem sind schiedsspezifische Mehrkosten im Hinblick auf die Bearbeitungsgebühr der Schiedsinstitution möglich, die im staatlichen Zivilprozess keine Entsprechung hat bzw. ihrer Funktion nach in den Gerichtsgebühren enthalten ist. Denn die das Schiedsgericht unterstützende Administration des Verfahrens durch die Schiedsinstitution wird durch die Beteiligung des Dritten aufwändiger, da Schriftsätze, Verfahrensanordnungen etc. auch dem Dritten zuzuleiten sind. Es kann daher eine höhere Bearbeitungsgebühr anfallen, wenn die Schiedsinstitution auf Basis eines Stundenhonorars tätig wird (wie nach der LCIA-SchO<sup>998</sup>). Aber auch, wenn die Schiedsinstitution mit einer Pauschale vergütet wird (Anlage 2 Ziff. 3.1 DIS-SchO; Anhang III ICC-SchO; Anhang B Ziff. 2 lit. c) Swiss Rules; Anhang 3 VIAC-SchO), sind Mehrkosten denkbar. Denn es kann geboten sein, die in Schiedsordnungen verbreitet enthaltenen Regelungen (ggf. entsprechend) anzuwenden, nach denen sich die Bearbeitungsgebühr bei (einem gewissen) Mehraufwand der Schiedsinstitution, insbesondere bei Administration einer weiteren Verfahrenspartei erhöht<sup>999</sup>: Ob die zusätzliche Person eine echte

<sup>995</sup> Allgemein in diese Richtung *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 20.

<sup>996</sup> S. dazu oben § 3 V. (S. 124 ff.) mit Fn. 496.

<sup>997</sup> Vgl. [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/schedule-of-costs.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs.aspx).

<sup>998</sup> Vgl. [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/schedule-of-costs.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs.aspx).

<sup>999</sup> So erscheint es bspw. angemessen, die in Anlage 2 Ziff. 3.4 DIS-SchO enthaltene Regelung „analog anzuwenden“, wonach sich die Bearbeitungsgebühren bei Beteiligung einer

Parteistellung hat oder nur Nebenintervenient ist, spielt für die Dienstleistungen der Schiedsinstitution, anders als für die der Schiedsrichter, eher eine untergeordnete Rolle.

Die obige Kostenverteilung kann den jeweiligen Kostenträgern jedoch auch dann zugemutet werden, wenn die Kostenlast höher als bei einer Intervention im deutschen Zivilprozess ausfällt: Die meisten interventionsbedingten Kosten (die Streitverkündungskosten und alle interventionsbedingten Kosten bis auf die eines Zwischenstreits) hat ohnehin die Hauptpartei zu tragen. Dass sie mit schiedsspezifischen Mehrkosten belastet werden kann, ist offensichtlich: Sie hat sich freiwillig für das konkrete Schiedsverfahren sowie seine Kostenintensität entschieden und die höheren Kosten durch ihre Streitverkündung in ihrem Interesse veranlasst. Auch erscheinen dem Verfahrensgegner, der nur mit den Kosten eines Zwischenstreits über die Zulässigkeit der Nebenintervention belastet werden kann,<sup>1000</sup> schiedsspezifische Mehrkosten ohne Weiteres zumutbar: Denn er hat sich wie die Hauptpartei freiwillig für das konkrete Schiedsverfahren und seine Kostenintensität entschieden. Somit beruht das Mehrkostenrisiko im Generellen auf einer privatautonomen Entscheidung, mag der Verfahrensgegner auch die Nebenintervention und die Kosten eines etwaigen Zwischenstreits nicht in seine Entscheidung miteinbezogen haben.

Demgegenüber bedarf es besonderer Begründung, den Dritten mit schiedsspezifischen Mehrkosten zu belasten, da das Schiedsverfahren und seine potenziell höhere Kostenlast nicht auf seiner privatautonomen Entscheidung beruhen. Nach hier vertretener Verteilung hat der Dritte im Fall einer streitverkündungsbedingten Intervention jedoch etwaige (höhere) Gebühren der Schiedsinstitution wegen der Administrierung seiner Prozessführung ebenso wenig zu tragen wie anwaltlichen Kosten, die ihm für seine Beratung über einen Verfahrensbeitritt und seine Vertretung im Primärverfahren entstehen: Sie sind unabhängig vom Verfahrensausgang der Hauptpartei aufzuerlegen<sup>1001</sup>. Dem Dritten können allein die Kosten eines Zwischenstreits auferlegt werden.

Dies erscheint grundsätzlich auch dann legitim, wenn die Kostenlast höher als die eines Zwischenstreits im staatlichen Zivilprozess ausfällt: Denn die Kosten entstehen nur, wenn der Dritte – zu diesem Zeitpunkt regelmäßig in Kenntnis des Schiedsverfahrens und seiner Kostenintensität – *ohne Interventionsgrund* dem Verfahren beitrifft. Außerdem hängt die Anerkennung ausländischer (streitverkündungsähnlicher) Bindungswirkungen grundsätzlich weder im Anwendungsbereich

---

weiteren Partei pauschal um 10 % erhöhen. Gleiches gilt für Anhang B Ziff. 2.9 Satz 2 Swiss-Rules sowie Art. 44 Abs. 4 Satz 1 VIAC-SchO. Für Verfahren nach der ICC-SchO wird die Administration der Nebenintervention hingegen regelmäßig keine höhere Bearbeitungsgebühr auslösen, da nach Anhang III Art. 2 Abs. 5 ICC-SchO nur „besondere Umstände“ dazu berechtigen, von der Pauschale abzuweichen.

<sup>1000</sup> Die von *Massuras*, *Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 461 geäußerten Bedenken, ob dem Verfahrensgegner die Intervention des Dritten angesichts der möglichen interventionsbedingten Mehrkosten zugemutet werden kann, greifen daher vom Standpunkt der hier vertretenen Prämisse nicht durch.

<sup>1001</sup> S. oben § 4X. (S. 225) unter 4.

des Art. 65 Abs. 1 Satz 2 EuGVVO noch im autonomen Anerkennungsrecht nach § 328 ZPO davon ab, ob ein Beitritt im ausländischen Zivilprozess für den Dritten zu einer höheren Kostenlast führt, als es ein hypothetischer Beitritt in einem deutschen staatlichen Primärverfahren zur Folge hätte: Die Streitverkündung aus dem ausländischen Primärprozess hat eine Prozessrechtsverweisung zur Folge,<sup>1002</sup> d.h. der Beitritt des Dritten und seine Kostenfolge bestimmt sich nach der Verfahrensordnung des jeweiligen ausländischen Zivilprozesses. Dies lässt auf die Wertungsentscheidung schließen, dass dem Dritten die Streitverkündungsbedingte Einlassungspflicht grundsätzlich auch bei höherer Kostenlast zugemutet werden können soll. Die möglichen schiedsspezifischen Mehrkosten sind insoweit regelmäßig überschaubar, da sie sich, wie gesehen, auf durch den Zwischenstreit anfallende (höhere) Schiedsrichterhonorare beschränken werden.

Der Dritte muss jedoch vor einem unzumutbar hohen Kostenrisiko geschützt werden: Aus dem Justizgewähranspruch sowie dem darin enthaltenen Gebot effektiven Rechtsschutzes folgt, dass das Kostenrisiko in einem Verfahren stets in Verhältnis zum darin gewährten Rechtsschutz stehen muss.<sup>1003</sup> Im Bereich der Urteilsanerkennung findet dies etwa dadurch Beachtung, dass unverhältnismäßig hohe und damit *ordre public*-widrige Kostentitel nur in verhältnismäßiger Höhe anerkannt werden.<sup>1004</sup> Dieser Gedanke ist zu übertragen: Kommt es zum Zwischenstreit und entstehen in diesem unverhältnismäßig hohe Kosten – etwa weil die Schiedsparteien mit den Schiedsrichtern ein unverhältnismäßig hohes Stundenhonorar vereinbart haben –, sind die Kosten, soweit unverhältnismäßig, nicht dem im Zwischenstreit zurückgewiesenen Dritten aufzuerlegen, sondern der Hauptpartei als ihr nächster Veranlasser.

Freilich können die Schiedsparteien in ihrem Verhältnis von der obigen Kostenverteilung durch Vereinbarung (die auch in der Wahl einer Schiedsordnung mit entsprechend weitem Ermessen des Schiedsgerichts zu sehen ist) abweichen und bspw. nach der sog. *American Rule*<sup>1005</sup> vollständig von einer gegenseitigen Kostenerstattung absehen. Im Verhältnis zum Dritten ist dies ohne dessen Zustimmung jedoch nicht möglich; das Ermessen des Schiedsgerichts ist hinsichtlich der Kostenentscheidung insoweit reduziert.

---

<sup>1002</sup> S. dazu MüKo-ZPO/Gottwald, § 328 Rn. 181; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 31; Mansel, Symposium Europäischer Binnenmarkt, 1995, S. 161, 224 (bezogen auf das LugÜ).

<sup>1003</sup> BVerfGE 85, 337, 346; Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 VII. Rechtsstaat Rn. 139.

<sup>1004</sup> Schack, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 1023; Schütze, WM 1979, 1174, 1176.

<sup>1005</sup> S. zu dieser etwa Salger/Trittmann/Risse, § 26 Rn. 7.

*b) Die Trennung der Kosten des Zwischenstreits von denen der Mitwirkung des Dritten am Schiedsverfahren*

Da der Träger der Kosten des Zwischenstreits (Verfahrensgegner oder Dritter) ein anderer ist als für die sonstigen interventionsbedingten Mehrkosten (Hauptpartei), müssen die Kostenmassen voneinander getrennt werden können. Dies bereitet hinsichtlich der insoweit anfallenden Anwaltshonorare keine Schwierigkeiten und hinsichtlich der Honorare der Schiedsrichter und Gebühren der Schiedsinstitution ebenfalls nicht, wenn diese wie nach der LCIA-SchO auf Basis eines Stundenhonorars tätig werden: Die Kosten können dann nach der jeweiligen Zeitaufstellung getrennt werden.

Anders sieht es aus, wenn die Schiedsrichter bzw. die Institution mit einer Pauschale vergütet werden: Erhöht sich die Pauschale durch den Zwischenstreit bzw. die Beteiligung des Dritten am Verfahren nicht, gibt es freilich keine Mehrkosten zu verteilen. Die Schiedsrichterhonorare bzw. die Gebühr der Schiedsinstitution sind dann als Kosten des Rechtsstreits im Verhältnis der Schiedsparteien zueinander zu verteilen; die Beteiligung des Dritten ist damit *abgegolten*. Kommt es infolge des Zwischenstreits bzw. der Beteiligung des Dritten am Verfahren im Einzelfall jedoch zur Anwendung der in Schiedsordnungen verbreitet enthaltenen Regelung „besonders aufwändiger Verfahrensführung“<sup>1006</sup> und erhöht sich dadurch die Pauschale, müssen die auf den Zwischenstreit anfallenden Mehrkosten bzgl. des Schiedsrichterhonorars bzw. die auf die Beteiligung des Dritten am Verfahren anfallenden Mehrkosten der Gebühr der Schiedsinstitution ermittelt werden. Denkbar wäre, diese Kosten anhand einer Zeitaufstellung zu ermitteln, indem die den Schiedsrichtern für den Zwischenstreit bzw. der Schiedsinstitution für die Administration der Beteiligung des Dritten angefallenen Stunden in Verhältnis zu den insgesamt für das Verfahren aufgewendeten Stunden gesetzt werden. In der Praxis wird dies jedoch regelmäßig nicht möglich sein. Denn oftmals wird bei vereinbartem Pauschalhonorar keine Zeitaufstellung geführt (so etwa in Verfahren nach der DIS-SchO). Zudem helfen bspw. auch die Zeitaufstellungen nicht weiter, die die ICC den Schiedsrichtern zur Ausfüllung vorgibt. Denn der Vordruck („Statement of Time and Travel for Work done“) enthält in der Spalte „Description of Task“ lediglich eine grobe Untergliederung in verschiedene Kategorien der Verfahrensführung („Case study“, „Research“, „Hearings/Meetings“, „Drafting Award(s)“ etc.), die von den Schiedsrichtern nicht feiner untergliedert, sondern lediglich mit der Gesamtzahl der für die jeweilige Kategorie angefallenen Stunden ausgefüllt werden. In der Regel wird das Schiedsgericht die Trennung der Kosten daher nach einer Schätzung der Verhältnisse vorzunehmen haben – was für das Kostenrecht freilich

<sup>1006</sup> Für Schiedsrichterhonorare vgl. Anlage 2 Ziff. 2.5 DIS-SchO; Art. 38 Abs. 2 ICC-SchO; Art. 44 Abs. 8 VIAC-SchO; Anlage B Ziff. 2.6 Satz 2 Swiss Rules; Art. 41 UNCITRAL-SchO. Für die Gebühr der Schiedsinstitution vgl. Anlage 2 Ziff. 3.4 DIS-SchO; Anhang III Art. 2 Abs. 5 ICC-SchO; Anhang B Ziff. 2.9 Satz 2 Swiss-Rules; Art. 44 Abs. 4 Satz 1 VIAC-SchO.



ein bekannter Modus ist, der auch in § 1057 Abs. 1 Satz 2 ZPO und in der weiten Ermessenseröffnung in Schiedsordnungen seine Stütze findet.

## 2. Befugnis zur Kostenfestsetzung auch gegenüber dem Dritten

Hat der Dritte die Kosten des Zwischenstreits zu tragen, spricht wertungsmäßig nichts dagegen, dass das Schiedsgericht die Kosten ihm gegenüber in der Kostenentscheidung nach § 1057 ZPO bzw. der anwendbaren Schiedsordnung wie gegenüber den Schiedsparteien *durch Schiedsspruch*<sup>1007</sup> festsetzt. Auch nicht, dass der Dritte keine Partei der Schiedsvereinbarung ist: Zwar bindet auch ein Kostenschiedsspruch grundsätzlich nur im Rahmen der Schiedsvereinbarung und damit des Parteienverhältnisses.<sup>1008</sup> Wenn ein Schiedsgericht – nach hier entwickelter Auffassung – jedoch die Kompetenz hat, im Rahmen der Streitverkündungswirkung bindende Feststellungen gegenüber dem Dritten zu treffen, erscheint es *a maiore ad minus* legitim, ihm gegenüber auch in Betreff der interventionsbedingten Kosten festzustellen. Dogmatisch lässt sich dies dadurch erklären, dass der Beitritt des Dritten ein der Schiedsvereinbarung ähnliches Verhältnis begründet.

Freilich kann das Schiedsgericht die Kostentragung für das durch den Zwischenstreit ggf. veranlasste Schiedsrichterhonorar aufgrund des Verbots, in eigener Sache zu richten (*nemo iudex in sua causa*), nicht durch Schiedsspruch festsetzen (genauer: die Schiedsrichter dürfen ihr Honorar berechnen aber nicht titulieren<sup>1009</sup>).<sup>1010</sup> Ein Honoraranspruch gegenüber dem Dritten kann insoweit damit begründet werden, dass der Dritte durch die Nebenintervention konkludent dem Schiedsrichtervertrag beitrifft.

## XI. Zusammenfassung

Der vorstehende Paragraph untersucht wertungsmäßig, ob (1.) eine im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärte Streitverkündung wirksam sein kann, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat, und (2.) ob der Dritte eigeninitiativ in

<sup>1007</sup> S. zur Kostenfestsetzung durch Schiedsspruch statt vieler OLG Köln SchiedsVZ 2004, 269; MüKo-ZPO/Münch, § 1057 Rn. 7; Salger/Trittmann/Risse, § 26 Rn. 2; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 11; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 33 Rn. 7; BeckOK-ZPO/Wilske/Markert, § 1057 Rn. 12.

<sup>1008</sup> BGH BeckRS 1976, 31008688 unter II. 1. c); Kühn/Gantenberg, DIS-Materialien X, 2005, S. 83, 84 f.; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 19.

<sup>1009</sup> Zöller/Geimer, § 1057 Rn. 5; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 16 ff.

<sup>1010</sup> S. statt vieler BGH SchiedsVZ 2012, 154 Rn. 7; Bodungen/Pörnbacher, Taktik im Schiedsverfahren, 2008, S. 121, 128 f.; Kühn/Gantenberg, DIS-Materialien X, 2005, S. 83, 92; MüKo-ZPO/Münch, § 1057 Rn. 12; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1057 Rn. 16 ff.; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 33 Rn. 15.



ein solches Schiedsverfahren intervenieren kann, ohne dass die Schiedsparteien (und ggf. die Schiedsrichter) dem zustimmen.

### **1. Die grundsätzliche Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten**

Einer im Schiedsverfahren erklärten Streitverkündung kann entgegen der derzeit herrschenden Auffassung grundsätzlich Wirkung beigemessen werden, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat. Hierzu ist das Instrument der Streitverkündung in einigen Punkten nach Maßgabe schiedsverfahrensspezifischer Wertungen anzupassen. Zudem muss die Streitverkündungswirkung, um den Dritten vor der im Schiedsverfahren weitgehend eröffneten Parteidisposition zu schützen, *generell unter den Vorbehalt gestellt werden*, dass der von den Parteien geschaffene *prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet*.<sup>1011</sup>

Zu kurz greift im Ausgangspunkt der Einwand der herrschenden Auffassung, die in einem Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung wirksam zu erachten, würde die Privatautonomie des Dritten verletzen und also einem „Vertrag zulasten des Dritten“ gleichkommen. Die Frage, ob die Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten gerechtfertigt werden kann, ist vielmehr durch eine Abwägung zu ermitteln. Dafür, diese Frage zu bejahen, spricht ein funktional wertender Vergleich zu dem, was einem Streitverkündungsempfänger auch im Bereich staatlicher Zivilprozesse abverlangt wird. Problematisch ist die Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung nurmehr, weil der Rahmen des primären Schiedsverfahrens weitgehender Parteidisposition unterliegt und somit nicht gesichert ist, dass der durch die Streitverkündungswirkung vorverlagerte Rechtsschutz effektiv war. Diese Gefahr und Bedenken hinsichtlich einer Beschränkung des Justizgewähranspruch des Dritten können jedoch ausgeräumt werden, indem die Streitverkündungswirkung unter den Vorbehalt gestellt wird, dass der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Dieser Vorbehalt wird im Anschluss an die *ratio decidendi* des Court of Appeals, Second Circuit (New York) im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos* näher entwickelt. Dem Verfahrensgegner kann ein Streitverkündungsbedingter Beitritt des Dritten grundsätzlich ohne dessen Zustimmung zugemutet werden, da die Akzessorietät der Streithilfe absichert, dass weder das Schiedsverfahren verzögert noch die Handlungsbefugnisse der Hauptpartei ausgeweitet werden.

Zentral ist die Frage, ob die teilweise Beschränkung des Instanzenzugs auf die Aufhebungsklage nach § 1059 ZPO einer arbitralen Streitverkündungswirkung

<sup>1011</sup> Der näheren Untersuchung dieses Vorbehalts ist der nachfolgende § 5 (S. 235 ff.) gewidmet.

entgegensteht. In Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren) ist dies klar zu verneinen, da der Dritte insoweit hinsichtlich der Feststellung über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei insgesamt auf den zivilprozessualen Instanzenzug verzichtet hat. Hingegen kann die Beschränkung des Instanzenzugs in Konstellation I (Schiedsverfahren – Zivilprozess) nicht gerechtfertigt werden, weil die ungleich kürzer greifenden Beschränkungen des Instanzenzugs im Bereich staatlicher Zivilprozesse Ausdruck der Wertungsentscheidung sind, dass dem Dritten gegenüber die Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung nur in maßvollem Umfang eingeschränkt werden darf. Eine arbitrale Streitverkündung muss in Konstellation I gleichwohl nicht generell unwirksam sein. Es genügt, dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu eröffnen, soweit der Schiedsspruch in einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen Instanzenzug mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre.

Das rechtliche Gehör des Dritten stellt für eine Streitverkündung im Schiedsverfahren keine Hürde dar: Es kann und muss von Schiedsgerichten im selben Umfang wie durch staatliche Gerichte gewährt werden.

Die mögliche Vertraulichkeit des primären Schiedsverfahrens wird durch eine Streitverkündung und darauffolgende Intervention des Dritten – entgegen landläufiger Behauptung – in der Regel nicht verletzt. Dies gilt zunächst grundsätzlich für Schiedsverfahren nach den Schiedsordnungen der ICC, AAA, des VIAC und der UNCITRAL sowie allgemein für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO, da weder diese Regelwerke noch allgemein das Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ein normativer Grundsatz der Vertraulichkeit beherrscht. Die Schiedsparteien sind vielmehr nur dann zur Vertraulichkeit verpflichtet, wenn und weil sie dies vereinbart haben; wobei eine dahingehende Verpflichtung nicht schon dem Abschluss der Schiedsvereinbarung entnommen werden kann. Haben sich die Schiedsparteien *allgemein* zur Vertraulichkeit verpflichtet (sowie etwa nach DIS-SchO, LCIA-SchO und den Swiss-Rules), erscheint die Streitverkündung mit Blick auf andere rechtsverfolgende Maßnahmen gerechtfertigt, die nach allgemeiner Auffassung Ausnahmen von der Vertraulichkeit begründen ist. Der Öffentlichkeitsgrundsatz wird trotz der Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren nicht verletzt: wenn der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist (Konstellation II), weil der Dritte insgesamt hinsichtlich der Feststellung über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei auf ein öffentliches Verfahren verzichtet hat; wenn der Sekundärprozess ein öffentlicher deutscher Zivilprozess ist (Konstellation I), weil das öffentliche Verfahren der Schiedsrichterablehnung, die Aufhebungsklage im Primärprozess und der Sekundärprozess insgesamt ausreichend Öffentlichkeit gewähren, um den Dritten vor unsachlicher Rechtsprechung zu schützen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Streitverkündung im Schiedsverfahren auch mit den Garantien der Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 47 Abs. 2 GRCh vereinbar.

Unzutreffend ist der zentrale Einwand der herrschenden Auffassung, durch eine arbitrale Streitverkündung würde der Dritte seinem gesetzlichen Richter nach

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen werden: Der gesetzliche Richter kann dem Dritten nicht dadurch entzogen werden, dass ein privates Schiedsgericht entscheidet, da sich die Garantie des gesetzlichen Richters ausschließlich an die rechtsprechende Staatsgewalt richtet, nicht aber an ein privates Schiedsgericht, und ebenso wenig auf das Verhältnis der beiden Gerichtsbarkeiten bezieht. Um die Neutralität konstituierungsbezogen zu gewährleisten, dient in der Schiedsgerichtsbarkeit anstelle des gesetzlichen Richters allerdings das Gebot paritätischer Mitwirkung bei der Wahl des Spruchkörpers *ad personam*. In der Konsequenz ist der Dritte immer dann paritätisch an der Bestellung des Schiedsgerichts zu beteiligen, wenn ihm gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers konzeptionell gefährdet ist (insbesondere bei der Wahl der Schiedsrichter *ad personam*; nicht bei Wahl durch eine gesichert neutrale Person oder (Schieds-)Institution). Wenn eine paritätische Mitwirkung nach dem von den Schiedsparteien vereinbarten Bestellungsverfahren (geboten, aber) nicht möglich oder zwar möglich ist, aber tatsächlich nicht gewährt wird, muss die Streitverkündungswirkung generell entfallen. Ist ein Einzelschiedsrichter zu bestellen, muss der Dritte wie die Parteien an der Auswahl des Schiedsrichters beteiligt werden und also mit der Wahl des Kandidaten einverstanden sein. Ist der Dritte mit dem Kandidaten nicht einverstanden, hat sich die Hauptpartei zwischen einer Ersatzbestellung (zur Wirksamkeit der Streitverkündung) oder der Rücknahme der Streitverkündung (zur Vermeidung einer Ersatzbestellung) zu entscheiden. Bei der Bestellung eines dreiköpfigen Schiedsgerichts haben sich die Hauptpartei und der Dritte zusammen auf einen beisitzenden Schiedsrichter zu einigen. Schlägt die Einigung auf ihrer Parteiseite fehl, genügt eine Ersatzbestellung auf Seiten der Hauptpartei (und des Dritten): Eine Ersatzbestellung *auch* auf Seiten des Verfahrensgegners im Sinne der Dutco-Regel ist weder notwendig noch angezeigt. Bleibt der Dritte bei der Konstituierung trotz rechtzeitiger Streitverkündung der Hauptpartei untätig, darf die Hauptpartei den von ihrer Parteiseite zu benennenden Schiedsrichter – mit Blick auf die Wertung des § 1034 Abs. 2 ZPO – allein benennen.

Der Dritte kann dem Verfahren auf die Streitverkündung grundsätzlich unabhängig von der Zustimmung der Schiedsrichter hin beitreten; den Schiedsrichtern steht weder ein „Vetorecht“ zu noch können sie den Schiedsrichtervertrag wegen des Beitritts des Dritten kündigen: Dies folgt bei einem Beitritt vor der Konstituierung des Schiedsgerichts daraus, dass den Schiedsrichtern die Intervention des Dritten bei Annahme des Schiedsrichteramts regelmäßig bekannt sein wird. Gleiches gilt jedoch im absoluten Regelfall auch bei einem Beitritt des Dritten nach der Konstituierung des Schiedsgerichts, da die Schiedsrichter mit dem Schiedsrichterauftrag grundsätzlich das Risiko übernehmen, dass sich der (prognostizierte) Arbeitsaufwand aufgrund der Verfahrensgestaltung und -führung der Parteien erhöht.

Zu berücksichtigen ist für eine arbitrale Streitverkündung, dass den öffentlichen Interessen, Justizressourcen im Sinne der Prozessökonomie zu schonen und widersprüchliche Feststellungen zur Sicherung des Vertrauens in die Rechtsprechung zu vermeiden, mit der zutreffenden herrschenden Auffassung in einem Schiedsver-

fahren nach §§ 1025 ff. ZPO keine legitimierende Kraft zukommt. Dem Dritten ist die *exceptio mali processus* vor diesem Hintergrund schon dann zu gewähren, wenn die Hauptpartei hinsichtlich ihrer mangelhaften Prozessführung ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist.

Auf die Verteilung der durch eine Intervention des Dritten im Schiedsverfahren bedingten Kosten kann die zum staatlichen Zivilprozess entwickelte Kostenverteilung im Grundsatz übertragen werden. Schiedsspezifische Mehrkosten können der Hauptpartei und dem Verfahrensgegners zugemutet werden, da eine etwaig höhere Kostenlast auf ihrer privatautonomen Entscheidung beruht. Dem Dritten, dem nur Kosten eines Zwischenstreits auferlegt werden können, können schiedsspezifische Mehrkosten – auf ein verhältnismäßiges Maß beschränkt – ebenfalls zugemutet werden, insbesondere da sie nur durch seinen *unbegründeten* Verfahrensbeitritt veranlasst werden. Darüberhinausgehende Kosten sind der Hauptpartei als ihr nächster Veranlasser aufzuerlegen. Die vorstehende Kostenverteilung erfordert, interventionsbedingte Kosten in die Kostenmassen „Zwischenstreit“ und „Beteiligung des Dritten an der Verfahrensführung“ trennen zu können. Dies ist schwierig, wenn die Schiedsrichter und/oder die Schiedsinstitution durch eine Pauschale vergütet werden, da Zeitaufstellungen werden oftmals schon nicht existieren oder sich existente Zeitaufstellungen nicht zur Kostentrennung eignen. Das Schiedsgericht hat die Kostenverteilung insoweit nach einer Schätzung der Verhältnisse vorzunehmen. Das Schiedsgericht kann – *a maiore ad minus* aus seiner streitverkündungsbedingten Kognition – auch gegenüber dem Dritten einen Kostenschiedsspruch erlassen.

## 2. Unzulässigkeit einer eigeninitiativen Nebenintervention des Dritten

Hinsichtlich einer eigeninitiativen Nebenintervention in ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO wird demgegenüber der Standpunkt der herrschenden Auffassung geteilt, dass die Intervention des Dritten wertungsmäßig nicht ohne Zustimmung der Verfahrensparteien zulässig ist. Hierfür geben schiedsspezifische Aspekte den Ausschlag: Zum einen, dass der Privatautonomie prinzipiell eine Ausschluss-Dimension zukommt, und, dass die Privatautonomie aufgrund ihrer besonderen Bedeutung im Schiedsverfahren mit höherem Gewicht in die Abwägung einzustellen ist. Zum anderen, dass das Interesse des Dritten an proaktivem Rechtsschutz bereits nach der für den staatlichen Zivilprozess aufgefunden Interessenbewertung nur äußerst schwach zu schützen ist (wonach der Dritte von der Hauptpartei faktisch vollständig, lediglich nicht durch antizipierten Generalwiderrspruch, von der Prozessführung ausgeschlossen werden kann).

## § 5 Der für eine arbitrale Streitverkündungswirkung geltende Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes im Primärverfahren

Ausgangspunkt dieses Paragraphen ist die in dieser Arbeit entwickelte Auffassung, dass eine Streitverkündung im Schiedsverfahren prinzipiell ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung und ohne seine Zustimmung wirksam sein kann<sup>1012</sup> – wenn das Streitverkündungsrecht bestimmten Beschränkungen unterzogen und die Streitverkündungswirkung unter den Vorbehalt gestellt wird, dass der verfahrensmäßige Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet.<sup>1013</sup> Dieser Vorbehalt ist ein Spezifikum der arbitralen Streitverkündung: Er ist geboten, weil aufgrund der den Schiedsparteien weitgehend eröffneten Disposition über das Verfahren die Gefahr besteht, dass der Dritte unzumutbaren Verfahrensgestaltungen ausgesetzt wird. Demgegenüber geht § 68 Hs. 2 ZPO, indem er nur Einreden wegen der *konkreten Verfahrensdurchführung* eröffnet, aufgrund der im staatlichen Zivilprozess nur eingeschränkt möglichen Parteidisposition (legitimerweise) implizit von der Zumutbarkeit des verfahrensmäßigen Rahmens aus.

Der nachfolgende Paragraph konturiert den Vorbehalt zunächst näher und ordnet sodann unter ihn verschiedene in der Schiedspraxis verbreitete Verfahrensgestaltungen ein. Bspw.: Ist der Eintritt der Streitverkündungswirkung auch dann legitim, wenn die Schiedsparteien einen Zeugen- und Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Vorbild durch schriftliche Zeugenerklärungen und Parteisachverständigengutachten mit anschließender Vernehmung in *cross examination* vereinbart haben?<sup>1014</sup> Oder ist eine Streitverkündung bei entsprechender Verfahrensgestaltung nur wirksam, wenn ihr der Dritte zustimmt? Wie ist eine Dokumentenvorlage (*document production*) einzuordnen oder eine – in der internationalen Schiedspraxis verbreitet – Entscheidungsfindung nach dem Beweismaß einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*balance of probability* oder *preponderance of evidence*)?<sup>1015</sup> Kann dem Dritten ein streitverkündungsbedingter Beitritt zu einem sog. beschleunigten Verfahren (*expedited procedure*) zugemutet werden, das in den vergangenen Jahrzehnten in den meisten Schiedsordnungen implementiert wurde?<sup>1016</sup>

<sup>1012</sup> S. das Fazit in § 4 XI. 1. (S. 232 ff.).

<sup>1013</sup> Einführend oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) sowie spezifisch zur Effektivität des Rechtsschutzes oben § 4 II. 2. b) (S. 165).

<sup>1014</sup> S. dazu unten § 5 II. 3. b) (S. 259 ff.).

<sup>1015</sup> S. zur Dokumentenvorlage unten § 5 II. 3. a) (S. 256 ff.) sowie zum Beweismaß unten § 5 II. 3. c) (S. 265 ff.).

<sup>1016</sup> S. dazu unten § 5 II. 4. a) (S. 269 ff.).

## I. Der Inhalt des Vorbehalts

Der Vorbehalt lässt sich am besten als „genereller Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes im (primären) Schiedsverfahren“ beschreiben:

### 1. Der einzelfallbezogene und zugleich generelle Charakter des Vorbehalts

Denn er ist, ausgehend von der (potenziellen) Individualität eines jeden Schiedsverfahrens, einzelfallbezogen: Das Gericht im Sekundärprozess hat bei der Prüfung der Streitverkündungswirkung zu beurteilen, ob dem Streitverkündungsempfänger ein Beitritt und in der Folge die Streitverkündungswirkung gemessen am verfahrensmäßigen (d.h. abstrakten) Rahmen *des konkreten (primären) Schiedsverfahrens* zugemutet werden kann. Durch seine Ausrichtung auf die abstrakte Verfahrensgestaltung grenzt sich der Vorbehalt jedoch von den Einreden des Dritten gegen die Streitverkündungswirkung ab: Während diese eröffnet werden, weil dem Dritten eine Bindungswirkung aufgrund der *konkreten Verfahrensdurchführung* (aufgrund der mangelhaften Prozessführung der Hauptpartei;<sup>1017</sup> aufgrund verwehrten rechtlichen Gehörs<sup>1018</sup>) nicht zugemutet werden kann, wird der Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung eröffnet, weil dem Dritten schon *das Verfahren* in seiner abstrakten Gestaltung nicht zugemutet werden kann. Der Vorbehalt hat dadurch einen *generellen Charakter*: Denn der Beitritt des Dritten kann nicht auf bestimmte primärgerichtliche Feststellungen beschränkt werden, sondern ist nur „ganz oder gar nicht“ möglich. Demzufolge muss die Streitverkündungswirkung *generell* entfallen, wenn auch nur *eine* Verfahrensgestaltung den Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes begründet.

### 2. Die Kriterien der Zumutbarkeit der Verfahrensgestaltung

Die Kriterien, nach denen das Gericht im Sekundärprozess die Zumutbarkeit der Gestaltung des primären Schiedsverfahrens zu beurteilen hat, sind bereits an verschiedenen Stellen im vorangehenden Paragraphen hervorgetreten: Das übergeordnete Kriterium ist, dass der *Rechtsschutz* im primären Schiedsverfahren, den der Dritte über die Streitverkündungswirkung teilweise aufgedrängt bekommt, *effektiv* sein muss.<sup>1019</sup> Ob dies der Fall ist, ist anhand sämtlicher Verfahrensgarantien (als insofern untergeordneter Kriterien) zu beurteilen, die sich unter dem Gebot effektiven Rechtsschutzes bündeln lassen: Insbesondere muss dem Dritten rechtliches

---

<sup>1017</sup> S. dazu oben § 4 IX.2. (S. 225 f.).

<sup>1018</sup> S. dazu oben § 4 IV. (S. 174 f.).

<sup>1019</sup> S. dazu oben § 4 II.2.b) (S. 165).

Gehör uneingeschränkt, d.h. nach allgemeiner Auffassung im selben Umfang wie vor deutschen staatlichen Gerichten,<sup>1020</sup> gewährt werden können.

An einem Beispiel: Schließen die Parteien für das primäre Schiedsverfahren den Zeugen- und Sachverständigenbeweis vollständig aus, würde das rechtliche Gehör des Dritten bei Annahme einer Streitverkündungswirkung aus diesem Verfahren – gemessen am nach Art. 103 Abs. 1 GG zu gewährenden Umfang – grundsätzlich unzumutbar verkürzt werden.

Zudem muss die Neutralität des Schiedsgerichts gegenüber dem Dritten unbedingt gewährleistet sein,<sup>1021</sup> insbesondere müssen die für die Konstituierung des Schiedsgerichts geltenden Regeln entweder die Neutralität des Spruchkörpers gegenüber dem Dritten aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Prognose gewährleisten (etwa durch Auswahl der Schiedsrichter durch eine Schiedsinstitution) oder bei einer abstrakten Gefährdung der Neutralität (etwa aufgrund der Auswahl der Schiedsrichter durch die Parteien) eine paritätische Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung ermöglichen.<sup>1022</sup>

Die vorstehenden Kriterien dürften prinzipiell den einschlägigen Kriterien des Art. 6 Abs. 1 EMRK („in einem fairen Verfahren“ und „von einem unabhängigen und unparteiischen [...] Gericht“) entsprechen, nach denen der EGMR<sup>1023</sup> und das BVerfG<sup>1024</sup> (insbesondere in der Sache *Pechstein*) die Legitimität eines „erzwungenen“ Schiedsverfahrens messen. Denn auch das Recht auf ein faires Verfahren zielt im Kern darauf ab, ein Verfahren zu gewährleisten, in dem die Beteiligten effektiven Rechtsschutz erhalten.<sup>1025</sup> Die Öffentlichkeit des Verfahrens, die unter Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls vorausgesetzt wird, ist als Kriterium für den hier entwickelten Vorbehalt hingegen nicht einschlägig. Denn die Beschränkung der Öffentlichkeit, der der Streitverkündungsempfänger im primären Schiedsverfahren ausgesetzt wird, ist ihm gegenüber nach hier entwickelter Auffassung dadurch generell gerechtfertigt, dass die – unverzichtbar öffentlichen – staatsgerichtlichen Verfahren der Aufhebungsklage und der Schiedsrichterablehnung sowie der staatliche Sekundärprozess insgesamt ausreichend Öffentlichkeit gewähren, um den Dritten vor unsachlicher Rechtsprechung zu schützen.<sup>1026</sup>

<sup>1020</sup> Grundlegend BGHZ 31, 43, 45; zudem BGHZ 85, 288, 291 ff.; BGHZ 96, 40, 47 f.; BGH NJW 1992, 2299; *Kahlert*, Vertraulichkeit, 2015, S. 106; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1042 Rn. 30; *Pika*, ZJP 131 (2018), 225, 239; Stein/Jonas/*Schlosser*, § 1042 Rn. 37 ff.; Wiczorek/Schütze/*Schütze*, § 1042 Rn. 8; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 15 Rn. 1; *R. Wilhelmi*, SchiedsVZ 2020, 30, 31; im Ergebnis auch *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, S. 113, 127; *Sawang*, Geheimhaltung und Gehör, 2010, S. 267 f.

<sup>1021</sup> S. zur Neutralität als Kriterium für den Vorbehalt oben § 4 VI. 3. c) aa) (S. 201 f.).

<sup>1022</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. a) (S. 197 ff.) sowie § 4 VI. 3. c) (S. 201 ff.).

<sup>1023</sup> EGMR BeckRS 2018, 23523 Rn. 95 – *Mutu/Pechstein v. Schweiz*; EGMR v. 28. Oktober 2010 – 1643/06 Rn. 49 – *Suda v. Tschechische Republik*.

<sup>1024</sup> BVerfG NJW 2022, 2677 ff.

<sup>1025</sup> Der parallele Gehalt wird in der Entscheidung des BVerfG im Fall *Pechstein* deutlich, vgl. BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 36; deutlich auch der EuGH zur Schwestervorschrift des Art. 47 GRCh, vgl. etwa EuGH BeckRS 2011, 81926, Rn. 52 – *Chalkor*; EuGH EuZW 2013, 24 Rn. 47 f. – *Otis*; EuGH NZKart 2013, 334 Rn. 36 – *Schindler*; allgemein zudem *Grabewarner/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 66.

<sup>1026</sup> S. dazu oben § 4 V. 3. (S. 189 ff.).



Über das hinaus, was essenzieller Bestandteil des Gebots effektiven Rechtsschutzes ist,<sup>1027</sup> ist die Untersuchung außerdem auf die Wertungsentscheidung gestoßen, dass die Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung im Primärprozess gegenüber derjenigen im Sekundärprozess nur *in maßvollem Umfang* herabgesetzt sein darf.<sup>1028</sup>

Die Kostenbelastung des Dritten könnte grundsätzlich ebenfalls als ein Kriterium zur Beurteilung über die Effektivität des Rechtsschutzes verstanden werden.<sup>1029</sup> Jedoch ist nach hier entwickelter Auffassung kein genereller Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung nötig, wenn die Parteien etwa unverhältnismäßig hohe Schiedsrichterhonorare vereinbaren sollten. Denn die Kosten eines Zwischenstreits über seinen Beitritt, die dem Dritten nach hier entwickelter Verteilung als einziger Kostenpunkt anfallen können, dürfen ihm nur insoweit durch Kostenschiedsspruch auferlegt werden, als sie verhältnismäßig sind (und sind ansonsten der Hauptpartei als ihr nächster Veranlasser aufzuerlegen).<sup>1030</sup>

Der bei der Beurteilung anzulegende Maßstab ist für die Neutralitätsgewähr stets das *absolute* Ideal der Neutralität. Hingegen sind die Maßstäbe für das rechtliche Gehör und die Richtigkeitsgewähr *relativ* ausgerichtet: Hat der Dritte im Verhältnis zur Hauptpartei durch eine Gestaltung *im Sekundärprozesses* über sein rechtliches Gehör oder die Richtigkeitsgewähr disponiert, muss auch die Gestaltung im primären Schiedsverfahren nur dieses Niveau gewährleisten.

Am Beispiel des Ausschlusses des Zeugen- und Sachverständigenbeweises, der das rechtliche Gehör des Dritten grundsätzlich unzumutbar verkürzt: Hat der Dritte mit der Hauptpartei für den Sekundärprozess eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen, nach der das Verfahren ebenfalls unter vollständigem Ausschluss von Zeugen- und Sachverständigenbeweis stattfindet, hat er für sämtliche das Rechtsverhältnis zur Hauptpartei betreffenden Feststellungen entsprechend über sein rechtliches Gehör disponiert. Dann aber ist der Ausschluss des Zeugen- und Sachverständigenbeweises auch im Primärprozess eine zumutbare Verfahrensgestaltung.

Der Umstand, dass der Primärprozess anders ausgestaltet ist als ein deutscher staatlicher Zivilprozess (bzw. allgemein als der Sekundärprozess), ist hingegen für sich genommen nichts, was der Streitverkündungswirkung entgegensteht. Dies hat der Vergleich zur mittelbaren Einlassungspflicht des Streitverkündungsempfängers in ausländischen staatlichen Zivilprozessen<sup>1031</sup> aber auch in besonders gestalteten deutschen Zivilprozessen (im Verfahren nach dem KaPMuG, einer MFK, oder vor Commercial Courts)<sup>1032</sup> gezeigt. Infolgedessen ist eine arbitrale Streitverkündung für sich genommen unabhängig davon wirksam, welche Schiedsordnung im pri-

---

<sup>1027</sup> S. dazu oben § 4 III. 2. a) (S. 168 f.).

<sup>1028</sup> S. dazu oben § 4 III. 3. (S. 174).

<sup>1029</sup> S. zum Verhältnis der Kostenlast mit der Effektivität des Rechtsschutzes oben § 4 X. 1. a) (S. 229 f.).

<sup>1030</sup> S. dazu oben § 4 X. 1. a) (S. 229 f.).

<sup>1031</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. a) aa) (S. 141 ff.).

<sup>1032</sup> S. dazu oben § 4 III. 2. c) aa) (S. 171 f.).



mären Schiedsverfahren gewählt wurde und ob diese mit der in einem möglichen Schiedsverfahren als Sekundärprozess (Konstellation II) gewählten übereinstimmt.

### 3. Darlegungs- und Beweislast

Der Vorbehalt ist so zu fassen, dass die Hauptpartei darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen hat, dass der Rechtsschutz des Dritten im primären Schiedsverfahren effektiv war. Denn erst die Zumutbarkeit der Verfahrensgestaltung *legitimiert* die (unfreiwillige) Streitverkündungswirkung. Zudem liegt die Verfahrensgestaltung (zusammen mit dem Verfahrensgegner) in der Hand der Hauptpartei und diese profitiert von der eröffneten Parteidisposition. Daher muss sie auch die Folgen eines – freilich wohl nicht besonders praxisrelevanten – *non liquet* hinsichtlich der Effektivität des Rechtsschutzes im primären Schiedsverfahren tragen.

## II. Einordnung einzelner Verfahrensgestaltungen

Nachfolgend werden einige in der Schiedspraxis verbreitete Verfahrensgestaltungen unter den Vorbehalt eingeordnet, bei denen eine Streitverkündungswirkung jedenfalls *prima facie* problematisch erscheint. Soweit nicht anders angegeben, wird hierbei davon ausgegangen, dass der Sekundärprozess ein regulärer deutscher Zivilprozess ist.<sup>1033</sup>

### 1. Das Gebot konstituierungsbezogener Neutralität und die daraus folgenden zeitlichen Grenzen der Streitverkündung

Vorangestellt sei eine Problemstellung, die zwar nicht selbst Verfahrensgestaltung ist, sich jedoch aus einer solchen ergibt: Im deutschen staatlichen Zivilprozess kann der Streit bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Primärprozess verkündet werden (vgl. § 72 Abs. 1 ZPO<sup>1034</sup>). Der Zeitpunkt der Streitverkündung wirkt sich innerhalb dieser Grenzen über das Gebot uneingeschränkter Gehörsgewähr lediglich auf den *Umfang* der Streitverkündungswirkung aus: Wird der Streit zu einem Zeitpunkt verkündet, in dem der Dritte sein rechtliches Gehör bei einem Beitritt nicht mehr uneingeschränkt wahrnehmen kann, kann er der Streitverkündungswirkung hinsichtlich der betroffenen Feststellungen die Einrede nach § 68 Hs. 2 Var. 1 ZPO entgegenhalten. Auf eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung lässt sich dies nur übertragen, *wenn der Dritte nicht an der Konstituierung des Schieds-*

<sup>1033</sup> Auf die Verfahrensgestaltung des Sekundärprozesses kommt es an, da der Maßstab des Vorbehalts hinsichtlich der Kriterien des rechtlichen Gehörs und der Richtigkeitsgewähr *von dem im Sekundärprozess gewährten Niveau* abhängt (vgl. oben § 51.2. (S. 237 ff.)).

<sup>1034</sup> S. zudem BGH BeckRS 2009, 89265 Rn. 18; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 24; MüKo-ZPO/Schultes, § 72 Rn. 4.

*gerichts beteiligt werden muss* (insbesondere bei einer Schiedsrichterauswahl durch eine Schiedsinstitution). Der Streit kann dann auch nach der Konstituierung des Schiedsgerichts verkündet werden, ohne dass der Eintritt der Streitverkündungswirkung von der Zustimmung des Dritten abhängt. Vom Zeitpunkt der Streitverkündung hängt, solange sie vor Eintritt der Rechtskraft erklärt wurde, dann auch im Schiedsverfahren nur ab, ob der Dritte die Einrede nicht gewährten Gehörs erheben kann.<sup>1035</sup> Ist der Dritte hingegen zur Gewähr konstituierungsbezogener Neutralität paritätisch an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen (insbesondere, wenn ein Einzelschiedsrichter oder die beisitzenden Schiedsrichter von den Parteien ausgewählt werden),<sup>1036</sup> sind der Streitverkündung *deutlich engere zeitliche Grenzen* gezogen.

*a) Abstrakt: Zeitliche Grenzen der Streitverkündung bei gebotener paritätischer Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung*

Denn in der Konsequenz ist zunächst klar, dass der Streit jedenfalls innerhalb der Konstituierungsphase bis zur endgültigen Konstituierung des Schiedsgerichts verkündet worden sein muss. Eine danach erfolgte Streitverkündung kann nurmehr wirksam werden, wenn sich der Dritte mit dem konstituierten Schiedsgericht einverstanden erklärt.

*aa) Paritätische Mitwirkung des Dritten grundsätzlich in der für die Schiedsparteien geltenden Konstituierungsphase*

Aber auch innerhalb dieser Grenzen ist die Streitverkündung nicht schlicht „bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts“ möglich. Denn der Dritte hat an der Konstituierung innerhalb der für die Hauptpartei bzw. der für beide Schiedsparteien ggf. einheitlich geltenden Fristen mitzuwirken: Dies ist aus dem Grundsatz der Akzesorietät zu folgern, wonach die Streithilfe die Handlungsbefugnisse der Hauptpartei gegenüber dem Verfahrensgegner nicht ausweiten darf,<sup>1037</sup> sowie aus der aufgefundenen Bewertung, dass die Streithilfe das Primärverfahren im Interesse des Verfahrensgegners möglichst nicht verzögern soll.<sup>1038</sup> Die Schiedsinstitution darf dem Dritten daher grundsätzlich keine eigenständige Frist zur Erklärung über die Konstituierung einräumen bzw. der Hauptpartei eine gesonderte Frist zur Einigung mit dem Dritten über einen Schiedsrichterkandidaten setzen. Auch scheidet im Grundsatz eine entsprechende Anwendung der in manchen Schiedsordnungen für Mehrparteienverfahren vorgesehenen, gesonderten Fristen für die mittels *joinder* einbezogene Partei aus (vgl. etwa Art. 19 (i) DIS-SchO; Art. 7 Abs. 5 Satz 1 ICC-

<sup>1035</sup> S. zu dieser oben § 4 IV. (S. 174 f.).

<sup>1036</sup> Wann und warum dies der Fall ist, wurde oben § 4 VI. 3. (S. 196 ff.) entwickelt.

<sup>1037</sup> S. dazu im Kontext des staatlichen Zivilprozesses oben § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.).

<sup>1038</sup> S. dazu im Kontext des staatlichen Zivilprozesses oben § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

SchO), wenn diese – wie die vorgenannten – nicht nach Auslegung der jeweiligen Schiedsordnung auch auf Streitverkündungen angewandt werden sollen oder als minus zum *joinder* anzusehen sind.

Die Hauptpartei muss den Streit vor diesem Hintergrund grundsätzlich spätestens zu einem Zeitpunkt verkündet haben, ab dem der Dritte noch paritätisch an der im konkreten Verfahren geltenden Konstituierungsphase beteiligt werden kann. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür hat, wie im staatlichen Zivilprozess, die Hauptpartei zu tragen.

Hierbei hat die Hauptpartei auch zu berücksichtigen, dass vom Dritten nicht erwartet werden kann, unmittelbar nach Zustellung der Streitverkündungsschrift an der Konstituierung mitzuwirken bzw. sogleich mit der Schiedsrichterauswahl zu starten. Schließlich erfährt er durch die Streitverkündung möglicherweise das erste Mal von der Streitigkeit und wird mit der Aufforderung, sich an einem Schiedsverfahren zu beteiligen, möglicherweise geradezu „überraumpelt“. Der Dritte muss sich daher zunächst einen Überblick darüber verschaffen, in was für einem Verfahren er sich beteiligen soll, welchem – in diesem Stadium freilich noch nicht sonderlich komplexen<sup>1039</sup> – prozeduralen Rahmen dieses unterliegt und ob an dem behaupteten Streitverkündungsgrund „etwas dran ist“.

Die DIS-ERS tragen dem Rechnung, indem sie in Art. 6.2 Satz 1 eine Beitrittsfrist für den Dritten vorsehen, bevor dieser in die Konstituierung eingebunden wird (vgl. Art. 7.1 (iii) und 8.2 (iii) DIS-ERS).

#### bb) Folge einer nicht rechtzeitigen Streitverkündung

Verkündet die Hauptpartei den Streit erst zu einem Zeitpunkt, ab dem der Dritte nicht mehr paritätisch an der Konstituierung des Schiedsgerichts beteiligt werden kann, ist die Streitverkündung *schwebend* unwirksam und kann nurmehr auf zwei Wegen wirksam werden: Einerseits, wenn sich der Dritte nachträglich mit dem konstituierten Schiedsgericht einverstanden erklärt. Und andererseits durch einen Rügeverlust in analoger Anwendung des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO, wenn sich der Dritte nicht innerhalb von zwei Wochen, nachdem ihm die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, vor dem zuständigen staatlichen Gericht gegen die Zusammensetzung wendet. Gerechtfertigt ist die analoge Anwendung des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO aufgrund der dieser Bestimmung zugrunde liegenden Wertung, dass *ein präklusiver Verzicht auf die Gewähr ex ante bestehender Neutralität des Spruchkörpers möglich sein soll*.

<sup>1039</sup> Der prozedurale Rahmen des Schiedsverfahrens wird bei Verfahrenseinleitung regelmäßig nur aus der ggf. anwendbaren Schiedsordnung und dem Schiedsverfahrensrecht des Schiedsorts bestehen, insbesondere da eine erste verfahrensleitende Verfügung des Schiedsgerichts zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen ist und in der Schiedsvereinbarung typischerweise keine detaillierten Verfahrensregeln getroffen werden.

Auf diese Wertung ist die Untersuchung bereits anlässlich der Frage gestoßen, ob die Streitverkündung wirksam ist, wenn die Hauptpartei den Streit rechtzeitig verkündet hat, der Dritte bei der Konstituierung jedoch untätig bleibt.<sup>1040</sup>

Die Wertung ist auf die vorliegende Situation übertragbar: Denn infolge einer nicht rechtzeitigen Streitverkündung ist dem Dritten keine paritätische Mitwirkung gewährt worden und somit die Neutralität des Spruchkörpers ihm gegenüber *ex ante* nicht gewährleistet. Anders als in dem Fall, in dem die Hauptpartei den Streit rechtzeitig verkündet und der Dritte gleichwohl nicht an der Konstituierung mitgewirkt hat,<sup>1041</sup> ist in der vorliegenden Situation auch die Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO anzuwenden. Denn eine nicht rechtzeitige Streitverkündung schafft eine konstituierungsbezogene Imparität, zu deren Ausgleich die Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO gerade angeordnet ist.

*b) Praktikabilität der Streitverkündung bei Anwendung verschiedener in der Praxis verbreiteter Konstituierungsverfahren*

Ob die Hauptpartei von der Streitverkündung in zeitlich zulässiger und praktikabler Weise Gebrauch machen kann, hängt nach dem Vorgesagten davon ab, ob das konkrete Konstituierungsverfahren genug Raum für eine Streitverkündung und darauffolgende paritätische Beteiligung des Dritten bietet. Dies gibt Anlass für einen näheren Blick auf den Ablauf der Konstituierung nach gängigen Schiedsordnungen. Untersucht wird dabei lediglich die Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder eines dreiköpfigen Schiedsgerichts durch Auswahl der Schiedsparteien: Denn erfolgt die Schiedsrichterauswahl durch die Schiedsinstitution, kann der Streit – mangels gebotener Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung – ohne Einschränkung bis zur rechtskräftigen Entscheidung verkündet werden.<sup>1042</sup>

Während eine Auswahl der Schiedsrichter<sup>1043</sup> durch die Schiedsinstitution in Verfahren nach den Schiedsordnungen der ICC, DIS, VIAC und der ASA (vormals SCAI) untypisch ist und vorwiegend nur im Fall einer Ersatzbestellung erfolgt, ist sie für Verfahren nach der LCIA-SchO der „normative“ Regelfall und erfolgt statistisch in ca. 40 % der Fälle.<sup>1044</sup>

---

<sup>1040</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. e) (S. 211 ff.).

<sup>1041</sup> S. zur Nichtanwendung der Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO in diesem Fall oben § 4 VI. 3. e) (S. 213 f.).

<sup>1042</sup> S. dazu oben § 5 II. 1. (S. 240).

<sup>1043</sup> Freilich abgesehen von der Auswahl des Vorsitzenden bei einem dreiköpfigen Schiedsgericht, vgl. etwa Art. 12 Abs. 5 Satz 1 ICC-SchO.

<sup>1044</sup> *London Court of International Arbitration* (LCIA), Notes for Parties (<https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx>), Rn. 41; *Clifford/Wade*, LCIA Arbitration Rules 2020, 2. Aufl. 2022, Rn. 5-003. Im Jahr 2021 wurden 42 % aller bestellten Schiedsrichter direkt vom LCIA ausgewählt; im Jahr 2022 waren es 33 % (vgl. *London Court of International Arbitration* (LCIA), 2022 Annual Casework Report (<https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-report-on-2022-updates-on-the-lcia-court-and.aspx>), S. 19).

Zudem wird zur Vereinfachung davon ausgegangen, dass die Parteien keine von der jeweiligen Schiedsordnung abweichenden Fristen oder Regeln zur Beteiligung des Dritten vereinbart haben.

#### aa) Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters im dreiköpfigen Schiedsgericht

Ist ein dreiköpfiges Schiedsgericht zu bilden, hat die Hauptpartei zusammen mit dem Dritten einen beisitzenden Schiedsrichter zu benennen.<sup>1045</sup> Zudem ist in der Praxis üblich, dass die Schiedsparteien in die Auswahl des Vorsitzenden eingebunden werden (dazu aufgrund der Parallele zur Einigung auf einen Einzelschiedsrichter erst unten § 5 II. 1. b) cc) (S. 249 f.)).

#### (1) Streitverkündung auf Klägerseite

Steht die Hauptpartei auf Klägerseite, hat sie „ihren“ beisitzenden Schiedsrichter typischerweise bereits mit Einreichung der Schiedsklage zu benennen (ICC-SchO: Art. 12 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 3 Satz 1 lit. g); DIS-SchO:<sup>1046</sup> Art. 12.1 Satz 1, Art. 5 (vii);<sup>1047</sup> VIAC-SchO: Art. 17 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2.5; LCIA-SchO: Art. 1.1 (v)) bzw. nach den Swiss Rules mit der Einleitungsanzeige (Art. 11 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 lit. h)<sup>1048</sup>). Diese Vorgabe zwingt die Hauptpartei grundsätzlich dazu, sich mit dem Dritten bereits vor Einleitung des Schiedsverfahrens auf einen beisitzenden Schiedsrichter zu einigen, den Streit also schon mit ausreichend zeitlichem Vorlauf hiervor zu verkünden. Unter dieser Vorkehrung ist eine Streitverkündung jedoch praktikabel möglich.

Die Zulässigkeit einer Streitverkündung vor Einleitung des Schiedsverfahrens mag auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen. Denn im staatlichen Zivilprozess wird eine Streitverkündung bekanntlich erst ab Anhängigkeit<sup>1049</sup> für möglich ge-

<sup>1045</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb)(2) (S. 204 ff.).

<sup>1046</sup> Die Konstituierung eines dreiköpfigen Schiedsgerichts richtet sich nach Art. 12 DIS-SchO – unabhängig davon, ob die Parteien diese Besetzung in der Schiedsvereinbarung oder nachträglich vereinbart haben (Art. 10.1 Var. 2 DIS-SchO) oder die Parteien keine Vereinbarung über die Anzahl der Schiedsrichter getroffen haben und entweder kein Antrag auf Bestellung eines Einzelschiedsrichters nach Art. 10.2 Satz 1 DIS-SchO gestellt oder ein solcher abgelehnt wurde (Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 12 DIS-SchO Rn. 12). Fristen regelt die DIS-SchO jedoch nur für den Fall, dass die dreiköpfige Besetzung bereits bei Erhebung der Schiedsklage vereinbart war (Nedden/Herzberg/Kopetzki/dies., Art. 12 DIS-SchO Rn. 20).

<sup>1047</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 5 DIS-SchO Rn. 31, Art. 12 DIS-SchO Rn. 15.

<sup>1048</sup> S. auch *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI), Swiss Rules of International Arbitration Practice Note, 2023 (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/03/Swiss-Rules-of-International-Arbitration-Practice-Note-27.03.2023.pdf>), Rn. 83.

<sup>1049</sup> BGHZ 92, 251, 257; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 22 mit zahlreichen Nachweisen; BeckOK-ZPO/Selle, § 72 Rn. 4; Stein/Jacoby, § 72 Rn. 4; MüKo-ZPO/Schultes, § 72 Rn. 4; Musielak/Voit/Weth, § 72 Rn. 2.

halten. Die Einschränkung ergibt sich jedoch nicht aus dem Gesetz (vgl. § 72 Abs. 1 ZPO; anders bei der Nebenintervention, vgl. § 66 Abs. 1 ZPO). Das Erfordernis der Anhängigkeit dürfte für *gerichtliche* Streitverkündungen – nur diese adressiert § 72 Abs. 1 ZPO – vielmehr daraus gewachsen sein, dass der Streitverkündungsschriftsatz bei Gericht eingereicht und von Amts wegen zugestellt wird (vgl. § 73 Sätze 1 und 2 ZPO), und dass erst ab Anhängigkeit ein Beitritt möglich ist.<sup>1050</sup> Wie die Entstehungsmaterialien zur CPO von 1879 verdeutlichen, sollte mit Schaffung der heutigen §§ 72 ff. ZPO allerdings nicht die Möglichkeit ausgeschlossen werden, den Streit *außergerichtlich* zu verkünden.<sup>1051</sup> Für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erscheint eine außergerichtliche Streitverkündung angesichts der noch größeren Bedeutung der Parteidisposition erst recht legitim. Möglich erscheint in der Konsequenz dann auch, den Streit vor Erhebung der Schiedsklage auf Parteibetreiben zu verkünden. Die Hauptpartei hat in Übertragung der dem § 73 Satz 1 ZPO zugrundeliegenden Wertung lediglich darauf zu achten – und trägt hierfür das Risiko –, dass der Streitverkündungsschriftsatz den Grund der Streitverkündung und den Streitgegenstand der *später erhobenen* Schiedsklage hinreichend präzise angibt. Idealerweise sollte die Hauptpartei, damit verkündeter und später erhobener Streitgegenstand nicht auseinanderfallen, den Streit daher erst nach Fertigstellung des Klageschriftsatzes verkünden und diesen dem Streitverkündungsschriftsatz beifügen.

Es mag jedoch Fälle geben, in denen es nicht möglich ist, die Einigungsphase vor Einleitung des Schiedsverfahrens zu verlagern – etwa, weil die Schiedsklage zur Verjährungshemmung noch zum Jahresende eingereicht werden muss und erst wenige Wochen zuvor eine Kanzlei beauftragt wurde. In diesem Fall kann die Hauptpartei erwägen, die Benennung nachzureichen. Denn nach einigen Schiedsordnungen ist die Frist zur Benennung des Beisitzenden keine harte Ausschlussfrist: So ist bspw. nach der Praxis der ICC eine Benennung auch noch nach Einreichung der Schiedsklage innerhalb einer hierfür typischerweise gesetzten 15-Tage-Frist möglich.<sup>1052</sup> Nach der VIAC-SchO schließt sich an den fruchtlosen Fristablauf sogar eine „Schonfrist“ von 30 Tagen ab Zustellung einer dahingehenden Aufforderung durch den Generalsekretär an (Art. 17 Abs. 4 Satz 2 VIAC-SchO). Und nach der Praxis der DIS erlischt das Benennungsrecht erst *nach erfolgter* Ersatzbestellung durch den DIS-Ernennungsausschuss.<sup>1053</sup> Die Hauptpartei sollte sich jedoch bewusst sein, dass sie mit der Überziehung der Benennungsfrist das Risiko einer Ersatzbestellung schafft. Sie sollte die Fristüberziehung der Schiedsinstitution daher anzeigen und mit der noch nicht gelungenen Einigung mit dem Dritten begründen.

---

<sup>1050</sup> S. zu diesem Zusammenhang nur Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 22.

<sup>1051</sup> Vgl. die Motive, S. 89 = Hahn, Materialien II/1, 1880, S. 179. Zur außergerichtlichen Streitverkündung in der Zeit vor Inkrafttreten der CPO von 1879 zudem Dernburg, ZCP 2 (1846), 1, 7; Fuchs, Litisdenuntiation, 1855, S. 73; Osterloh, Gemeines Recht, 1856, S. 537.

<sup>1052</sup> S. dazu Fry/Greenberg/Mazza, ICC Secretariat's Guide, 2012, Rn. 3-450.

<sup>1053</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 12 DIS-SchO Rn. 33.

Speziell im Fall der LCIA-SchO dürfte es der Hauptpartei nicht unwahrscheinlich gelingen, eine Fristverlängerung für ihre Benennungsfrist mit dem Verfahrensgegner zu vereinbaren. Denn angesichts der zwingenden Anwendung der Dutco-Regel<sup>1054</sup> (d. h. einer Ersatzbestellung auch auf Seiten des Verfahrensgegners) nach Art. 8 LCIA-SchO hat der Verfahrensgegner ein eigenes Interesse daran, dass es nicht zu einer Ersatzbestellung kommt.

## (2) Streitverkündung auf Beklagtenseite

Steht die Hauptpartei auf Beklagtenseite, hat sie „ihren“ beisitzenden Schiedsrichter typischerweise innerhalb der Frist zur Klageerwidderung bzw. Klageantwort zu benennen (ICC-SchO: 30-Tage-Frist nach Art. 12 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. e), wobei jedoch ebenso möglich und in der Praxis üblich ist,<sup>1055</sup> die Benennung im Antrag auf Verlängerung der Frist zur Klageantwort vorzunehmen, vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1; VIAC-SchO: 30-Tage-Frist nach Art. 8 Abs. 1, Abs. 2.4; LCIA-SchO: 28-Tage-Frist nach Art. 2.1 (v); Swiss-Rules: Benennung in der Einleitungsantwort nach Art. 11 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 lit. f) oder innerhalb einer gesonderten, hierfür gesetzten Frist (DIS-SchO: Benennung in gesonderter Mitteilung innerhalb 21-Tage-Frist nach Art. 7 (i)<sup>1056</sup>).

Eine Streitverkündung ist in diesem Rahmen möglich, verlangt der Hauptpartei jedoch eine schnelle Reaktion ab: Im staatlichen Zivilprozess wird der Streit auf Beklagtenseite normalerweise erst zusammen mit der Klageerwidderung verkündet. Dies ist in Verfahren nach den vorgenannten Schiedsordnungen nicht möglich. Stattdessen muss die Hauptpartei, wenn sie von einer Streitverkündung Gebrauch machen möchte, mehr oder weniger unmittelbar nach Erhalt der Schiedsklage eine Streitverkündungsschrift auf den Weg bringen. Nur so erscheint möglich, dass die verbleibende Zeit (d. h. bspw. nach ICC-SchO die 30 Tage zur Klageantwort abzüglich einiger Tage, die für die Anfertigung und Zustellung der Streitverkündungsschrift sowie ggf. für eine „Orientierung“<sup>1057</sup> durch den Dritten verstreichen) ausreicht, um mit dem Dritten ggf. eine Einigung auf einen beisitzenden Schiedsrichter erzielen zu können. Gelingt die Einigung innerhalb der verbleibenden Zeit nicht, erscheint die Einigung der Hauptpartei aber greifbar, bleibt wie im Fall der

<sup>1054</sup> S. zur Dutco-Regel oben § 4 VI. 3. d) (S. 208 ff.).

<sup>1055</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Wagner/Herzberg, Art. 12 ICC-SchO Rn. 27.

<sup>1056</sup> Beruht die dreiköpfige Besetzung auf einer nach Klageerhebung getroffenen Parteienvereinbarung oder – mangels einer solchen – auf einer Entscheidung des DIS-Rats nach Art. 10.2 Satz 2 DIS-SchO oder schließlich – mangels eines dahingehenden Antrags – auf dem normierten Regelfall, regelt die DIS-SchO erstaunlicherweise keine Fristen. In der Praxis weist der DIS-Rat die Parteien insoweit nach Klageerhebung auf das Antragsrecht hin und setzt zugleich eine einheitliche Frist für die Antragsstellung *und vorsorglich* für die Benennung eines beisitzenden Schiedsrichters (Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 12 DIS-SchO Rn. 23). Hinsichtlich der Länge der Frist soll sich der DIS-Rat an der 21-Tages-Frist nach Art. 7 (i) DIS-SchO orientieren (Nedden/Herzberg/Kopetzki/dies., Art. 12 DIS-SchO Rn. 23).

<sup>1057</sup> S. dazu oben § 5 II. 1. a) aa) (S. 242).



klägerseitigen Streitverkündung die Erwägung, die Benennungsfrist zum Erfolg der Einigung etwas zu überziehen.<sup>1058</sup>

#### bb) Bestellung eines Einzelschiedsrichters

Ist ein von den Schiedsparteien zu benennender Einzelschiedsrichter zu bestellen, haben sich die Schiedsparteien zusammen mit dem Dritten auf einen Schiedsrichter zu einigen.<sup>1059</sup> Hierfür steht den Schiedsparteien typischerweise zunächst eine bestimmte Frist zur Verfügung (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 ICC-SchO: 30 Tage ab Empfang der Schiedsklage durch den Beklagten; Art. 17 Abs. 3 Satz 1 VIAC-SchO: 30 Tage ab Mitteilung durch den Generalsekretär; Art. 10 Abs. 1 Swiss-Rules:<sup>1060</sup> 30 Tage ab Empfang der Einleitungsanzeige). In DIS-Verfahren setzt der DIS-Ernennungsausschuss den Parteien eine Frist zur Einigung über den Einzelschiedsrichter (Art. 11 Satz 2 DIS-SchO<sup>1061</sup>). Die Länge der Frist ist anders als noch in § 14 DIS-SchO 1998 nicht mehr geregelt. Sie dürfte in Anlehnung an die anderen für konstituierungsbezogene Handlungen vorgesehenen Fristen jedoch mindestens mit 21 Tagen bemessen werden.<sup>1062</sup> Sollte eine Einigung in dieser Frist nicht gelingen, wird die Hauptpartei mit dem Verfahrensgegner zudem höchstwahrscheinlich eine Fristverlängerung abstimmen können.<sup>1063</sup> Denn angesichts der anderenfalls auch dem Verfahrensgegner drohenden Ersatzbestellung (Art. 12 Abs. 3 Satz 2 ICC-SchO; Art. 11 Satz 1 DIS-SchO) sind die Interessen gleichgerichtet.

Auf Klägerseite ist die Streitverkündung in diesem Rahmen ohne Weiteres praktikabel. Insbesondere kann der Dritte voll an der Einigung beteiligt werden,

<sup>1058</sup> S. dazu soeben § 5 II. 1. b) aa) (1) (S. 245).

<sup>1059</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb) (1) (S. 203).

<sup>1060</sup> Ist keine Anzahl vereinbart, entscheidet der Gerichtshof über die Anzahl der Schiedsrichter (Art. 10 Abs. 2 Swiss-Rules). Zur Einigung auf einen Einzelschiedsrichter stehen dann 30 Tage ab Empfang des Entscheides zur Verfügung (Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Swiss-Rules).

<sup>1061</sup> Die Benennung eines Einzelschiedsrichters richtet sich nach Art. 11 DIS-SchO – unabhängig davon, ob sie auf einer Vereinbarung oder der Entscheidung des DIS-Rats nach Art. 10.2 Satz 2 DIS-SchO beruht, vgl. Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 11 DIS-SchO Rn. 9; Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/Theune, Art. 11 DIS-SchO Rn. 1.

<sup>1062</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 11 DIS-SchO Rn. 21.

<sup>1063</sup> Eine übereinstimmend beantragte Fristverlängerung wird die Schiedsinstitution im absoluten Regelfall gewähren, vgl. zu ICC-Verfahren Fry/Greenberg/Mazza, ICC Secretariat's Guide, 2012, Rn. 3-444; Nedden/Herzberg/Kopetzki/Wagner/Herzberg, Art. 12 ICC-SchO Rn. 13; zu DIS-Verfahren vgl. Art. 4.9 DIS-SchO sowie Nedden/Herzberg/Kopetzki/Sawang/Hauser, Art. 11 DIS-SchO Rn. 25; zu VIAC-Verfahren entgegen dem Anschein, den Art. 17 Abs. 3 Satz 2 VIAC-SchO erweckt, vgl. Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/Liebscher, Art. 17 VIAC-SchO Rn. 4; Handbook Vienna Rules (2014)/Riegler/Petsche, Art. 17 Rn. 13.



wenn die Hauptpartei den Streit in der oben beschriebenen Weise<sup>1064</sup> bereits vor Einleitung des Schiedsverfahrens verkündet.

Auf Beklagtenseite erscheint demgegenüber auf den ersten Blick problematisch, dass dem Dritten nicht die volle den Schiedsparteien gewährte Einigungsfrist zur Verfügung steht, da die Hauptpartei den Streit erst nach Erhalt der Schiedsklage und damit erst verkünden kann, wenn die Einigungsphase ggf. bereits zu laufen begonnen hat. In dieser Zeit werden die Schiedsparteien nicht untätig bleiben, sondern schon einige Kandidaten aufwerfen und diskutieren. Dies gibt Anlass zur Frage: Muss dem Dritten zu dessen paritätischer Mitwirkung auch dieselbe Einigungsfrist zur Verfügung stehen wie den Schiedsparteien?

Näher besehen ist diese Frage zu verneinen: Wenn die Einigungsphase zwischen den Parteien in dem Zeitpunkt noch offen ist, in dem der Dritte „dazustößt“, heißt das, dass sich die Parteien noch nicht einig sind. Sie haben also nurmehr bereits einige Kandidaten in der soeben beschriebenen Weise fruchtlos „durchgespielt“. Es geht nun – nur unter Beteiligung des Dritten – nach wie vor darum, konsensfähige Kandidaten ausfindig zu machen (und auf deren Verfügbarkeit zu hoffen). Die bereits verstrichene Zeit, in der sich die Schiedsparteien ohne den Dritten erfolglos zu einigen versucht haben, benachteiligt den Dritten also keineswegs – sondern kommt ihm im Gegenteil dadurch in gewisser Weise zugute, dass er die bereits „von der Liste gestrichenen“ Kandidaten nicht erneut prüfen und diskutieren muss. Vor diesem Hintergrund ist der Dritte auch dann paritätisch an der Konstituierung beteiligt worden, wenn er zwar nicht dieselbe Fristlänge wie die Schiedsparteien zur Verfügung hatte, jedoch ab seiner Bereitschaft in die noch offene Einigung einbezogen wird. Blockiert der Dritte die Einigung, hat sich die Hauptpartei zwischen einer Ersatzbestellung bei wirksamer Streitverkündung<sup>1065</sup> oder der Einigung nur mit dem Verfahrensgegner bei konkludenter Rücknahme der Streitverkündung zu entscheiden. Ist die Hauptpartei mit dem Favoriten des Verfahrensgegners nicht einverstanden, ist die Ersatzbestellung für sie kein (zusätzlicher) Nachteil; ansonsten hat sie zwischen dem möglichen Vorteil der Streitverkündung und dem möglichen Nachteil einer Ersatzbestellung abzuwägen.

Haben sich die Schiedsparteien in dem Zeitpunkt, in dem der Dritte dem Verfahren zur Mitwirkung an der Einigung beitrifft, bereits auf einen Einzelschiedsrichter geeinigt, hängt der Erfolg der Streitverkündung vom Einverständnis des Dritten mit diesem Kandidaten ab.

---

<sup>1064</sup> S. oben § 5 II. 1. b) aa)(1) (S. 244 ff.).

<sup>1065</sup> S. zur Wirksamkeit der Streitverkündung ohne Zustimmung bei Ersatzbestellung durch eine gesichert neutrale Stelle oben § 4 VI. 3. d) (S. 208 ff.).

## cc) Bestellung eines Vorsitzenden im dreiköpfigen Schiedsgericht

In der Praxis werden die Parteien bei der Auswahl des Vorsitzenden eines dreiköpfigen Schiedsgerichts typischerweise eingebunden (ggf. kraft entsprechender Regelungen in der Schiedsvereinbarung, jedenfalls aber nach *best practice*), auch wenn Schiedsordnungen teilweise nach ihrem Wortlaut dessen Auswahl nur durch die beisitzenden Schiedsrichter (VIAC-SchO: Art. 17 Abs. 5 Satz 1; Swiss-Rules: Art. 11 Abs. 2 Satz 2) oder durch die Schiedsinstitution (ICC-SchO: Art. 12 Abs. 5 Satz 1) vorsehen (demgegenüber klingt die Einbeziehung der Parteien in die Auswahl des Vorsitzenden nach Art. 12.2 Satz 2 DIS-SchO bereits an).<sup>1066</sup> Denn es liegt in der Regel im Interesse aller, den Vorsitzenden nicht gegen den Willen einer bzw. der Partei(en) zu bestellen, um das Schiedsverfahren nicht schon in der Konstituierungsphase mit einem Vertrauensdefizit zu belasten. Im Ergebnis ist die Benennung des Vorsitzenden vor diesem Hintergrund mit der Bestellung eines Einzelschiedsrichters durch die Parteien vergleichbar.

Die Auswahl des Vorsitzenden wirft keine Schwierigkeiten für die Rechtzeitigkeit der Streitverkündung auf: Die Auswahl des Vorsitzenden erfolgt erst mit Bestellung (DIS-SchO: Art. 12.2 Satz 1; VIAC-SchO: Art. 17 Abs. 5 Satz 1) oder jedenfalls Bestätigung der beisitzenden Schiedsrichter (ICC-SchO: Art. 12 Abs. 5 Satz 2). Zu diesem Zeitpunkt hat die Hauptpartei den Dritten bereits zur gemeinsamen Benennung „ihres“ beisitzenden Schiedsrichters einbinden müssen, sodass der Dritte in die Auswahl des Vorsitzenden ohne Weiteres in derselben Weise wie die Parteien<sup>1067</sup> eingebunden werden kann. Und hat die Hauptpartei den Streit erst so spät verkündet, dass der Dritte nicht mehr an der Benennung „ihres“ Beisitzenden mitwirken konnte, wird die Wirksamkeit der Streitverkündung ohnehin in aller Regel daran scheitern, dass der Dritte sein dann erforderliches Einverständnis zum von der Hauptpartei benannten Beisitzenden verweigern wird.

*c) Fazit: Streitverkündung im bestehenden Rahmen möglich, dennoch Bedarf nach ergänzenden Regelungen nach Vorbild der DIS-ERS*

Damit bleibt festzuhalten: Eine Streitverkündung ist im Schiedsverfahren trotz ihrer engeren zeitlichen Grenzen auch schon im geltenden, von gängigen Schiedsordnungen gesteckten Rahmen in grundsätzlich praktikabler Weise möglich. Je nach einschlägigem Konstituierungsverfahren und abhängig davon, ob der Streit auf Kläger- oder Beklagtenseite verkündet wird, wird der Hauptpartei jedoch eine umsichtige Vorausschau abverlangt, ohne die eine Streitverkündung an den entwickelten zeitlichen Grenzen scheitern mag.

<sup>1066</sup> S. nur Salger/Trittmann/*Gerstenmaier*, § 6 Rn. 21 ff., 85.

<sup>1067</sup> S. dazu, dass zur paritätischen Beteiligung des Dritten nicht erforderlich ist, dass diesem eine Einigungsphase in derselben Länge wie den Schiedsparteien zur Verfügung steht, aber oben § 5 II. 1. b) bb) (S. 247 ff.) zur Benennung eines Einzelschiedsrichters. Auf die Auswahl des Vorsitzenden sind diese Gedanken übertragbar.

Damit die Streitverkündung im Schiedsverfahren ein rundum attraktives Instrument darstellen kann, sind vor diesem Hintergrund entweder Regelungen zur Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung in den §§ 1025 ff. ZPO aufzunehmen<sup>1068</sup> oder entsprechende Vereinbarungen zwischen der Hauptpartei und dem Verfahrensgegner zu treffen. Einen Vorschlag für eine solche Vereinbarung unterbreiten die DIS-ERS: In Art. 4<sup>1069</sup> werden verschiedene Zeitpunkte vor bzw. während der Konstituierungsphase statuiert, in denen die Streitverkündung zeitlich zulässig ist (auf Klägerseite in der Schiedsklage und bis 14 Tage nach Übermittlung der Klageantwort, falls dann noch kein Schiedsrichter bestellt ist; auf Beklagtenseite bis 21 Tage nach Übermittlung der Schiedsklage). Die paritätische Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung wird sodann dadurch sichergestellt, dass für die Einigung auf einen Einzelschiedsrichter bzw. die Benennung der beisitzenden Schiedsrichter eine *einheitliche* 21-Tage-Frist zur Verfügung steht, die erst nach Ablauf einer Beitrittsfrist (Art. 6.2 Satz 2 DIS-ERS) in Gang gesetzt wird (Art. 7.1 (iii) bzw. Art. 8.2 Satz 1 (iii) DIS-ERS). Die DIS-ERS eröffnen demnach eigens für den Fall der Streitverkündung ein besonderes Konstituierungsverfahren und erschaffen einen Rahmen, in dem der Streit in allen denkbaren Besetzungen des Schiedsgerichts praktikabel verkündet werden kann. Die DIS-ERS sind somit ein gutes Vorbild für die zwischen den Parteien zu treffende Vereinbarung. Freilich sind die DIS-ERS jedoch mit dem bereits aufgeworfenen Makel behaftet, dass sie nicht nur im Parteienverhältnis vereinbart worden sein müssen, sondern sich der Dritte mit einer Streitverkündung nach Maßgabe der DIS-ERS einverstanden erklärt haben muss (Art. 2 DIS-ERS). Mit dieser fundamentalen Einschränkung ist die Streitverkündung kein effektives Instrument. Denn ein Dritter, für den die Streitverkündungswirkung ausschließlich nachteilig ist (so umgesetzt auch in Art. 11.1 Satz 1; Art. 11.2 DIS-ERS), wird sich nur in seltenen Fällen zur Vereinbarung der DIS-ERS bewegen lassen.

## 2. Gestaltungen betreffend den Parteivortrag und die mündliche Verhandlung

Die Gestaltung des Parteivortrags und der mündlichen Verhandlung ist in Schiedsverfahren eine bedeutende Stellschraube, um das Verfahren maßzuschneidern – sei es durch Parteivereinbarung bzw. Bezugnahme auf eine Schiedsordnung oder subsidiär durch das Schiedsgericht (vgl. § 1042 Abs. 4 ZPO). Im Folgenden werden einige besonders häufig getroffene Gestaltungen eingeordnet, die im Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz des Dritten problematisch sein könnten.

<sup>1068</sup> S. dazu unten § 8 III. (S. 347 ff.).

<sup>1069</sup> Vgl. die Erläuterungen hierzu in *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS), Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024 ([https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf)), Rn. 30 ff.

### a) *Verfahrenssprache*

In Schiedsverfahren spielt Englisch als Verfahrenssprache naturgemäß eine große Rolle. Dies gilt auch für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mit Sitz des Schiedsgerichts in Deutschland: So wurden 35 % der bei der DIS im Jahr 2022 eingeleiteten Verfahren in englischer Sprache geführt, wobei in ca. 95 % dieser Fälle der Schiedsort in Deutschland lag.<sup>1070</sup> Wird das primäre Schiedsverfahren in englischer Sprache geführt, stellt sich die Frage, ob dem Streitverkündungsempfänger ein Beitritt in diesem Verfahren zugemutet werden kann oder aber die englische Verfahrenssprache einen generellen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung begründet. Unproblematisch ist die englische Verfahrenssprache, wenn der Dritte mit der Hauptpartei für den Sekundärprozess gleichfalls eine entsprechende Sprachwahl getroffen hat.<sup>1071</sup> Wie aber ist die Frage zu beantworten, wenn der Sekundärprozess vor deutschen staatlichen Gerichten in deutscher Sprache geführt wird?

Insoweit ist zunächst festzustellen: Ein „Recht auf ein Verfahren in der Muttersprache“ oder der Sprache des Sekundärprozesses gewährt die deutsche Rechtsordnung dem Streitverkündungsempfänger nicht. Dies zeigt sich in der Beobachtung, dass der Dritte durch eine Streitverkündung nach allgemeiner Auffassung in einen ausländischen Primärprozess hineingezogen werden kann – auch wenn der Sekundärprozess vor deutschen Gerichten und in deutscher Sprache geführt werden mag.<sup>1072</sup> Zudem hat der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung des Verfahrens vor den zum 1. April 2025 geschaffenen Commercial Courts die Wertungsentscheidung getroffen, dass einem Streitverkündungsempfänger der Beitritt zu einem englischsprachigen Verfahren zuzumuten ist: Wird das Verfahren vor den Commercial Courts gemäß § 184a Abs. 3 GVG in englischer Sprache geführt, kann ein Streitverkündungsempfänger dessen ungeachtet in das Verfahren „hineingezogen“ werden. Ihm steht nach § 184a Abs. 4 Satz 1 GVG i. V. m. § 185 Abs. 1 Satz 1 GVG (lediglich) das Recht zu, einen Dolmetscher hinzuzuziehen.<sup>1073</sup>

<sup>1070</sup> Die Zahlen sind abrufbar unter <https://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen>.

<sup>1071</sup> So im Kontext der streitverkündungsbedingten Einbeziehung des Dritten vor Commercial Courts *Riehm*, ZIP 2023, 1561, 1568; *R. Wolff*, SchiedsVZ 2023, 209, 220.

<sup>1072</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. a) aa) (S. 141 ff.).

<sup>1073</sup> Die Vorschrift des § 184a Abs. 4 GVG ist in ihrer nun geltenden Fassung – auch nach Verbesserung gegenüber dem Referentenentwurf (abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Justizstandort\\_Staerkung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Justizstandort_Staerkung.pdf?__blob=publicationFile&v=3)) – leider missglückt: Nach dem Wortlaut des § 184a Abs. 4 Satz 1 GVG ist ein Dolmetscher schon auf Antrag des Dritten hinzuzuziehen (RegE: BT-Drs. 20/8649, S. 9; Beschlussempfehlung: BT-Drs. 20/11466, S. 8). Neben den damit eröffneten Missbrauchsmöglichkeiten wird der Dritte dadurch über Gebühr geschützt, denn er benötigt einen Dolmetscher nur, wenn er der Verfahrenssprache nicht hinreichend mächtig ist (*Riehm*, ZIP 2023, 1561, 1569; *R. Wolff*, SchiedsVZ 2023, 209, 220). Diese Wertung findet sich auch auf Ebene des europäischen Zustellungsrechts in Art. 12 Abs. 1 lit. a EuZustVO (VO (EU) 2020/1784), wonach der Empfänger eines Schriftstücks dessen Zustellung nur verweigern kann, wenn er

Diese Wertung kann auf einen Beitritt in ein englischsprachiges Schiedsverfahren dem Grunde nach übertragen werden. Eine englische Verfahrenssprache begründet auch hier keinen generellen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung. Allerdings kann der Dritte hier nicht erzwingen, dass ein Dolmetscher hinzugezogen wird. Denn § 185 GVG findet im Schiedsverfahren keine Anwendung. Stattdessen sichern der hinter der Verfahrenssprache stehende<sup>1074</sup> Anspruch des Dritten auf rechtliches Gehör, flankiert vom übergeordneten Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass die Streitverkündungswirkung nur eintreten darf, wenn der Dritte entweder der Verfahrenssprache im Primärprozess hinreichend mächtig ist oder ihm über das gesamte Verfahren hinweg ein Dolmetscher zur Seite gestellt wurde: Denn Rechtliches Gehör ist nur gewährt, wenn das Gericht versteht, was der Dritte äußert und *vice versa* der Dritte versteht, was in dem Verfahren geäußert wird.<sup>1075</sup> Ist der Dritte (und möglicherweise seine anwaltliche Vertretung) der Verfahrenssprache nicht verständlich, ist Gehör nur gewährt, wenn in sämtlichen Stadien des Verfahrens für eine Übersetzung – schriftlich wie mündlich – in eine Sprache gesorgt ist, die der Dritte versteht. Die Hauptpartei trägt die Verantwortung (und die Kosten<sup>1076</sup>), hierfür zu sorgen: War das rechtliche Gehör des Dritten nach dem soeben skizzierten Maßstab nicht vollumfassend gewährt, steht ihm eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu.

### *b) Beschränkung auf eine mündliche Verhandlung*

Schiedsverfahren sind in der Regel auf nur eine umfassende und schon zu Beginn des Verfahrens im Verfahrenskalender terminierte mündliche Verhandlung zugeschnitten (die freilich mehrere Tage umfassen kann und in der Praxis oft bis zu

---

die Sprache nicht versteht, in der das Schriftstück abgefasst ist. Es hätte vor diesem Hintergrund ausgereicht, § 185 GVG allgemein auf die „Verfahrenssprache“ zu beziehen (*Riehm*, ZIP 2023, 1561, 1568 f.). Denn nach § 185 Abs. 1 Satz 1 GVG ist ein Dolmetscher nur dann heranzuziehen, wenn die jeweilige Person der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Zudem war die Anwendung des § 185 GVG auf den Nebenintervenienten schon nach bisherigem Recht gesichert, vgl. *Hau*, LA Schurig, 2012, S. 49, 51; *MüKo-ZPO/Pabst*, § 185 GVG Rn. 3; *Kissel/Mayer*, GVG, 10. Aufl. 2021, § 185 Rn. 1.

<sup>1074</sup> S. zum Zusammenhang von rechtlichem Gehör und der Verfahrenssprache VGH München BeckRS 2017, 108397 Rn. 4; *Ingerl*, Sprachrisiko im Verfahren, 1988, S. 55 ff.; *Hau*, LA Schurig, 2012, S. 49, 52; *Kissel/Mayer*, GVG, 10. Aufl. 2021, § 184 Rn. 13 f.; *Lässig*, Deutsch als Gerichts- und Amtssprache, 1980, S. 99; *Leipold*, FS Matscher, 1993, S. 287, 294 f.; *Zöller/Lückemann*, § 185 GVG Rn. 5; *Papenfuß*, GVRZ 2023, 5, unter II. 2. b); *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 71. Hingegen bringt die höchstgerichtliche Rechtsprechung das rechtliche Gehör allein mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes in Verbindung, s. etwa BVerfG NJW 1983, 2762, 2763; BGH NJW 2018, 3790 Rn. 34; BGH NJW 2020, 2041 Rn. 53.

<sup>1075</sup> Deziert statt aller *Ingerl*, Sprachrisiko im Verfahren, 1988, S. 56.

<sup>1076</sup> S. dazu, dass die Hauptpartei die Kosten für die streitverkündungsbedingte Beteiligung des Dritten (unabhängig vom Verfahrensausgang) tragen muss, oben § 4 X. 1. (S. 226 f.).

ein oder zwei Wochen umfasst), mit der das Verfahren geschlossen wird.<sup>1077</sup> Die Parteien erhalten danach oftmals nurmehr Gelegenheit, in sog. *Post Hearing Briefs* zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen.<sup>1078</sup> Demgegenüber werden in der staatlichen Ziviljustiz regelmäßig mehr als ein Termin zur mündlichen Verhandlung samt Beweisaufnahme abgehalten (durchschnittlich 1,93 Termine bezogen auf sämtliche im Jahr 2021 in Deutschland vor Landgerichten in erster Instanz erledigten Verfahren<sup>1079</sup>).

Die Beschränkung auf nur eine mündliche Verhandlung begründet jedoch keinen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung. Denn rechtliches Gehör kann, bei entsprechend sorgfältiger Vorbereitung und Durchführung, auch in einer mündlichen Verhandlung vollumfänglich gewährt werden. Dieser Gedanke liegt auch § 272 Abs. 1 ZPO zugrunde, nach dem ein Zivilprozess in der Regel in einem Termin zur mündlichen Verhandlung zu erledigen ist. Durch Abhalten mehrerer Termine wird nicht unbedingt besseres rechtliches Gehör gewährt: Im Rahmen einer Befragung der Anwaltschaft zu den Ursachen für den Rückgang der Verfahrenszahlen in der Ziviljustiz wurde unter anderem genannt, dass Richterinnen und Richter auf die (wohl erste) mündliche Verhandlung nicht genügend vorbereitet seien und diese damit unnötigerweise abhalten würden.<sup>1080</sup> Zudem ist zu beachten, dass die Anzahl der mündlichen Verhandlungen auch in der Schiedsgerichtsbarkeit typischerweise im Ermessen des Schiedsgerichts steht (vgl. nur Art. 27 ICC-SchO; Art. 31 Satz 1 DIS-SchO). Anders ist dies nur nach einigen Regelwerken für beschleunigte Verfahren.<sup>1081</sup> Stellt das Schiedsgericht bei der Entscheidungsfindung fest, dass der Fall noch nicht entscheidungsreif ist, kommt eine Wiedereröffnung des mit der mündlichen Verhandlung bereits geschlossenen Verfahrens in Betracht.<sup>1082</sup>

Nach einigen Schiedsordnungen besteht darüber hinaus die Möglichkeit (von § 1047 Abs. 1 ZPO gedeckt), ganz auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten

<sup>1077</sup> Salger/Trittmann/Risse, § 12 Rn. 59.

<sup>1078</sup> S. dazu Salger/Trittmann/Borris, § 17 Rn. 1 ff.; zudem *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 6.214 f.; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2468; Nedden/Herzberg/Kopetzki/Haller/Strack, Art. 26 ICC-SchO Rn. 27.

<sup>1079</sup> Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege – Zivilgerichte (2020), 9.8.2021 ([https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?__blob=publicationFile)), S. 60.

<sup>1080</sup> Ekert/Meller-Hannich/Nöhre u. a., Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, 2023 ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=1)), S. 155, 157.

<sup>1081</sup> S. zum beschleunigten Verfahren unten § 5 II. 4. a) (S. 269 ff.).

<sup>1082</sup> Nedden/Herzberg/Kopetzki/Haller/Strack, Art. 27 ICC-SchO Rn. 6; Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/Reiner/Petkute/Kern, Art. 27 ICC-SchO Rn. 4.

und nur nach Aktenlage zu entscheiden.<sup>1083</sup> Es erscheint nicht unproblematisch, dem Dritten eine Streitverkündungswirkung aus einem rein schriftlichen Verfahren zuzumuten. In der Schiedspraxis hat sich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung allerdings als „Goldstandard“ etabliert.<sup>1084</sup> Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung sei daher nicht an dieser Stelle diskutiert, sondern im Rahmen der Einordnung beschleunigter Verfahren, in dem eine Entscheidung nach Aktenlage verbreiteter ist.

### c) Virtuelle Schiedsverhandlung (*Remote Hearing*)

In der Schiedsgerichtsbarkeit wird eine virtuelle Durchführung der mündlichen Verhandlung (*Remote Hearing*) schon seit längerer Zeit angeboten und von den Parteien nachgefragt – insbesondere, wenn und weil diese über den Globus verteilt sind oder in einem beschleunigten Verfahren ein strenger Zeitplan bis zum Erlass des Schiedsspruchs besteht. Besonders im Rahmen der Covid-19-Pandemie, durch die *Remote Hearings* starken Aufschwung erfahren haben,<sup>1085</sup> ist die Frage aufgekommen, ob Parteien ein „Recht auf eine Schiedsverhandlung in Präsenz“ haben.

Klar ist, dass das Schiedsgericht eine Schiedsverhandlung in Präsenz durchzuführen hat, wenn die Parteien dies vereinbart haben.<sup>1086</sup> Im Regelfall werden die Parteien allerdings keine dahingehende Vereinbarung getroffen haben. Dann stellt sich die Frage, ob das Schiedsgericht entgegen dem Willen einer der Parteien eine virtuelle Schiedsverhandlung anordnen und durchführen kann. Ein Forschungsprojekt des *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) hat diese Frage zu verschiedenen nationalen Schiedsrechten untersucht.<sup>1087</sup> Die Länderbericht-erstatte *Maucher/Meier* bejahen sie für das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO mit überzeugenden Erwägungen: Eine Schiedsverhandlung sei auch dann „mündlich“ im Sinne des § 1047 Abs. 1 ZPO, wenn sie virtuell durchgeführt

<sup>1083</sup> Typischerweise erfordert dies, dass keine Partei eine mündliche Verhandlung beantragt, vgl. etwa Art. 26 Abs. 1 ICC-SchO; Art. 29.1 (ii) DIS-SchO; Art. 30 Abs. 1 Satz 2 VIAC-SchO. Nach den Swiss Rules kann das Schiedsgericht hingegen nach seinem Ermessen entscheiden, ob eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird (vgl. *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI), *Swiss Rules of International Arbitration Practice Note*, 2023 (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/03/Swiss-Rules-of-International-Arbitration-Practice-Note-27.03.2023.pdf>), Rn. 134).

<sup>1084</sup> *Blackaby/Partasides/Redfern*, *International Arbitration*, 7. Aufl. 2022, Rn. 6.163; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2021, S. 2431 f.; *Nedden/Herzberg/Koetzki/Haller/Strack*, Art. 26 ICC-SchO Rn. 2; *Salger/Trittmann/Risse*, § 12 Rn. 2.

<sup>1085</sup> S. aus einem internationalen Blickwinkel statt vieler *Chen*, *Int. J. Semiot. Law* 2023.

<sup>1086</sup> *Gielen/Wahnschaffe*, *SchiedsVZ* 2020, 257, 260; *Krapfl/Ebert*, *COVuR* 2022, 640, 641; *Maucher/A. Meier*, *The ICCA Reports – Germany* ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf)), S. 3 f.

<sup>1087</sup> S. dazu unter <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.



wird.<sup>1088</sup> Denn unter Einsatz der heute zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten – wie online-Videoplattformen, 360°-Kameras und gute Tontechnik – könne ein Rahmen geschaffen werden, in dem die Parteien ihre Argumente ebenso wirksam wie bei physischer Anwesenheit vortragen können.<sup>1089</sup> Auch verlange der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nach einer Schiedsverhandlung in Präsenz.<sup>1090</sup> Dies überzeugt und entspricht allgemeiner Auffassung zum deutschen Zivilprozess: Rechtliches Gehör ist schon gewährt, wenn Gelegenheit besteht, den eigenen Standpunkt im Verfahren vorzutragen und das Gericht den Vortrag im Rahmen der Entscheidungsfindung ernsthaft berücksichtigt.<sup>1091</sup> Dies kann bei entsprechendem technischem Rahmen auch virtuell ermöglicht werden. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt daher kein „Recht auf eine Schiedsverhandlung in Präsenz“. Der Oberste Gerichtshof<sup>1092</sup> in Österreich und das Bundesgericht<sup>1093</sup> in der Schweiz haben dies für das jeweilige Schiedsrecht bereits hinsichtlich der Frage vertreten, ob eine entgegen dem Willen einer der Parteien angeordnete virtuelle Verhandlung einen Aufhebungsgrund begründet. Zudem sieht der Regierungsentwurf zu Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts in § 1047 Abs. 2 ZPO-E ein Recht des Schiedsgerichts vor, eine virtuelle Schiedsverhandlung gegen den Willen einer Schiedspartei – lediglich nicht entgegen einer Parteivereinbarung – anzuordnen.<sup>1094</sup>

Diese Wertung ist auf das Verhältnis zum Streitverkündungsempfänger zu übertragen: Auch dessen rechtliches Gehör wird durch eine virtuelle Durchführung der Schiedsverhandlung prinzipiell nicht verkürzt. Eine entsprechende Gestaltung des primären Schiedsverfahrens begründet somit keinen generellen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung. Dem Dritten steht jedoch eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu, wenn die virtuelle Schiedsverhandlung im einzelnen Verfahren in einer sein rechtliches Gehör verkürzenden Weise *durchgeführt*

<sup>1088</sup> *Maucher/A. Meier*, The ICCA Reports – Germany ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf)), S. 4; ebenso *Gielen/Wahnschaffe*, SchiedsVZ 2020, 257, 259. A. A. Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1047 Rn. 8 (Mündlichkeit nur bei physischer Präsenz); MüKo-ZPO/Münch, § 1047 Rn. 12 f. (virtuelle Verhandlung nur bei übereinstimmendem Parteiwillen möglich); Musielak/Voit/Voit, § 1047 Rn. 2.

<sup>1089</sup> *Maucher/A. Meier*, The ICCA Reports – Germany ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf)), S. 4.

<sup>1090</sup> *Maucher/A. Meier*, The ICCA Reports – Germany ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf)), S. 5; ebenso *Gielen/Wahnschaffe*, SchiedsVZ 2020, 257, 259.

<sup>1091</sup> S. statt vieler BVerfGE 11, 218, 220; BVerfGE 83, 24, 35; BVerfG BeckRS 2017, 101033 Rn. 14; Jarass/Pieroth/Kment, Art. 103 Rn. 1; BeckOK-GG/Radtke, Art. 103 Rn. 11 ff.; Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Art. 103 Abs. 1 Rn. 62.

<sup>1092</sup> OGH 18 ONc 3/20.

<sup>1093</sup> BG 4A\_530/2020.

<sup>1094</sup> *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 4.



wurde (bspw., wenn die Videoplattform nicht stabil läuft und der Dritte deswegen Teile der Verhandlung nicht mitbekommt).

### 3. Gestaltungen betreffend den Beweis

Äußerst praxisrelevant sind auch Gestaltungen betreffend die Beweiserbringung und -verwertung:

#### a) Dokumentenvorlage (*Document Production*)

Die *document production*, die vor allem in internationalen Schiedsverfahren eine große Rolle spielt, ist ein Instrument, mit dem eine Partei von der Gegenseite oder einem Dritten Vorlage von Beweismitteln verlangen kann, zu denen sie selbst keinen Zugang hat, weil sie sich in der Verfügungsgewalt der Gegenseite bzw. des Dritten befinden.<sup>1095</sup> Die §§ 1025 ff. ZPO kennen keine *document production*, schließen sie aber auch nicht aus. Sie ist in den meisten Schiedsordnungen vorgesehen (vgl. etwa Art. 25 Abs. 4 ICC-SchO; Art. 28.2 Satz 2 DIS-SchO; Art. 21.4 LCIA-SchO; Art. 26 Abs. 2 Swiss Rules; Art. 29 Abs. 1 VIAC-SchO; Art. 27 Abs. 3 UNCITRAL-SchO). Zudem wird die Anordnung einer *document production* verbreitet als vom schiedsrichterlichen Verfahrensermessen gedeckt angesehen.<sup>1096</sup> Die Voraussetzungen und der Umfang einer *document production* werden dabei in den Schiedsordnungen selbst nicht näher geregelt. Dies hat das Bedürfnis nach einem internationalen Standard hervorgerufen,<sup>1097</sup> wie er sich mit den IBA-Rules etabliert hat: Typischerweise *orientieren* sich Schiedsgerichte mangels verbindlicher Vereinbarung der IBA-Rules durch die Parteien<sup>1098</sup> im Rahmen des Verfahrensermessens an deren Vorgaben zur *document production* in

<sup>1095</sup> S. zur *document production* in Schiedsverfahren etwa *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren, 2019, S. 329 ff.; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2493 ff.; *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121 f.; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13 ff.; *Marghitola*, Document Production in International Arbitration, 2015, *passim*; *Sachs*, SchiedsVZ 2003, 193 ff.; *Schlosser*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 49, § 2 Rn. 39 ff.; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 114 ff.

<sup>1096</sup> *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren, 2019, S. 343; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2497; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 15.

<sup>1097</sup> S. zur Zielsetzung der IBA-Rules *International Bar Association* (IBA), Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Januar 2021 (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>), S. 2.

<sup>1098</sup> S. hierzu eine Statistik der *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2012 International Arbitration Survey, 2012 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf)), S. 11, wonach die IBA-Rules nur in 7 % der Fälle von den Parteien vereinbart und in 53 % der Fälle durch das Schiedsgericht nach seinem Ermessen herangezogen wurden.

Art. 3.<sup>1099</sup> Die IBA-Rules gehen hiermit einen Mittelweg zwischen den deutlich weitreichenderen *discovery*- oder *disclosure*-Verfahren der Rechtsordnungen des *common law* und der oft nur sehr beschränkt möglichen Dokumentenvorlage in den Rechtsordnungen des *civil law*.<sup>1100</sup> Die vorzulegenden Dokumente müssen detailliert beschrieben werden (Art. 3 Abs. 3 (a)), womit ein Ausforschungsbeweis in Form sog. *fishing expeditions* ausgeschlossen ist.<sup>1101</sup> Die Dokumente müssen entscheidungserheblich und im Besitz bzw. der Kontrolle der anderen Partei sein (Art. 3 Abs. 3 (b), (c)). Außerdem kann die zur Vorlage aufgeforderte Partei der Vorlage nach Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 9 Abs. 2 (e) insbesondere dann widersprechen, soweit sie ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Dokumente hat. Wenn die aufgeforderte Partei die Vorlage unberechtigt verweigert, hat das Schiedsgericht unter anderem die Möglichkeit, die Verweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung negativ zu berücksichtigen (vgl. etwa Art. 9 Abs. 6 IBA-Rules; sog. *adverse inference*) oder im Rahmen einer Beweislastumkehr der verweigernden Partei die Beweislast aufzuerlegen.<sup>1102</sup>

In Bezug auf die Frage, ob dem Dritten eine Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren mit *document production* zugemutet werden kann, wenn der Sekundärprozess vor deutschen staatlichen Gerichten stattfindet, ist zunächst festzustellen: Weder berührt eine *document production* das rechtliche Gehör des Dritten noch die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts ihm gegenüber. Auch setzt sie die Gewähr der Richtigkeit des Schiedsspruchs im Primärverfahren nicht herab. Im Gegenteil: Eine *document production* führt zu einer weitaus gründlicheren Aufklärung des Sachverhalts als in Verfahren, in denen jede Partei „ihren“ Sachverhalt grundsätzlich ohne Mitwirkung des Gegners zu erarbeiten hat und Beweisschwierigkeiten vorwiegend im Rahmen der Beweislastverteilung Rechnung getragen wird.<sup>1103</sup> Fußen die primärgerichtlichen Feststellungen in einem Schiedsverfahren mit *document production* so tendenziell auf einer vollständigeren Tatsachenbasis, dürfte dadurch auch die Richtigkeit der Entscheidung besser gewährleistet sein.<sup>1104</sup> Die Durchführung einer *document production* berührt die Effektivität des Rechtsschutzes für den Dritten somit nicht.

<sup>1099</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 122; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 18; *Sachs*, SchiedsVZ 2003, 193, 196.

<sup>1100</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 122; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 18; *Sachs*, SchiedsVZ 2003, 193, 196.

<sup>1101</sup> *Peter*, SchiedsVZ 2016, 199, 204; *Sachs*, SchiedsVZ 2003, 193, 196; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 133.

<sup>1102</sup> S. dazu etwa *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 21; *Marghitola*, Document Production in International Arbitration, 2015, S. 173 ff.; *Schlosser*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 49, § 2 Rn. 57 ff.

<sup>1103</sup> *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren, 2019, S. 372 („weniger *non liquet*-Situationen“); *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121 f.; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 16 f.

<sup>1104</sup> Ähnlich *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121 f.; *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13, 16 f.; *Kern*, ZVglRWiss 109 (2010), 78, 83.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass der Dritte von dem erheblichen Eingriff in die eigene Rechtssphäre nicht betroffen ist, die eine *document production* im Parteienverhältnis zur Folge hat und dort Fragen nach den Grenzen ihrer Zulässigkeit aufwirft. Denn das Schiedsgericht kann die Vorlage von Dokumenten mangels hoheitlicher Zwangsgewalt nur gegenüber den von der Vereinbarung der *document production* Verpflichteten anordnen und damit allein gegenüber den Parteien.

Art. 3 Abs. 9 IBA-Rules trägt dem Rechnung, indem es hinsichtlich der Vorlage von Dokumenten durch einen Dritten lediglich vorsieht, dass die die Vorlage begehrende Partei das Schiedsgericht zur Vornahme der rechtlich möglichen („legally available“) Schritte bitten kann bzw. um eine Frist, in der sie diese Schritte selbst vornimmt.

In Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO bleibt der die Vorlage begehrenden Partei, wenn der Dritte nicht aufgrund des materiellen Rechts im Wege eines Herausgabe- oder Auskunftsanspruchs zur Vorlage der betreffenden Dokumente verpflichtet ist (§§ 429 Hs. 1, 422 ZPO), daher nur der Weg über die staatsgerichtliche Hilfe nach § 1050 ZPO. In deren Rahmen kann das staatliche Gericht freilich nur diejenigen Maßnahmen treffen, die nach deutschem Zivilprozessrecht zur Verfügung stehen.<sup>1105</sup> Das staatliche Gericht kann demnach im Rahmen einer *document production* nur insoweit unterstützend tätig werden, als es eine Dokumentenvorlage auch im Rahmen eines staatlichen Zivilprozesses nach § 142 Abs. 1, Abs. 2 ZPO gegenüber dem Dritten anordnen kann.<sup>1106</sup> Seit dem ZPO-RG<sup>1107</sup> ist dies unabhängig von einer materiellrechtlichen Herausgabe- oder Auskunftspflicht im Rahmen des Zumutbaren (§ 142 Abs. 2 ZPO) möglich. Die Grenzen hierfür sind jedoch eng, denn ausweislich der Gesetzesbegründung darf die Dokumentenvorlage nicht zu einer Ausforschung (einer Partei oder) des Dritten führen.<sup>1108</sup> Die Vorlage wird dem Dritten daher nur „zumutbar“ nach § 142 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 ZPO sein, wenn das Dokument hinreichend genau bezeichnet, entscheidungserheblich sowie im Besitz (Abs. 1 Satz 1) des Dritten ist und der Dritte keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen<sup>1109</sup> hat. Vorlageanfragen aus einer *document production* nach Vorbild der IBA-Rules können diese Anforderungen prinzipiell erfüllen. Unzulässig wäre hingegen nach allgemeiner Auffassung ein Antrag nach § 1050 ZPO, der sich

<sup>1105</sup> S. nur MüKo-ZPO/Münch, § 1050 Rn. 27; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1050 Rn. 23.

<sup>1106</sup> Der Verweis von Salger/Trittmann/Trittmann, § 10 Rn. 159 auf MüKo-ZPO/Münch, § 1050 Rn. 27, wonach eine Dokumentenvorlage nicht in den Anwendungsbereich von § 1050 ZPO fallen würde, geht fehl: Münch lehnt lediglich die Zulässigkeit der Unterstützung bei einer *discovery* nach US-amerikanischem Vorbild ab. Deren Unzulässigkeit ergibt sich explizit aus der Gesetzesbegründung (s. unten Fn. 1110). Eine Unterstützung bei einer *document production* ist im Rahmen des Zulässigen jedoch keineswegs ausgeschlossen.

<sup>1107</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. I Nr. 40, S. 1887 ff.

<sup>1108</sup> BT-Drs. 14/6036, S. 120.

<sup>1109</sup> BT-Drs. 14/6036, S. 120.

auf eine Dokumentenvorlage nach Vorbild einer US-amerikanischen *discovery* richtet.<sup>1110</sup>

*b) Zeugen- und Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell*

Die meisten Schiedsordnungen verleihen dem Schiedsgericht die Befugnis, den Sachverhalt aktiv zu ermitteln (sog. beschränkter Untersuchungsgrundsatz; vgl. etwa Art. 25 Abs. 1 ICC-SchO; Art. 28.1 DIS-SchO; Art. 22 Abs. 1 (iii) LCIA-SchO; Art. 29 Abs. 1 VIAC-SchO). Inwieweit das Schiedsgericht diese Kompetenz nutzt, hängt entscheidend davon ab, von welchen Rechtskulturen das Schiedsverfahren geprägt ist: In einem kontinental-europäisch geprägtem Schiedsverfahren nimmt das Schiedsgericht bei der Beweiserhebung in der Regel eine aktive Rolle ein.<sup>1111</sup> Es filtert selbst die entscheidungserheblichen Themen heraus, wählt aus den von den Parteien angebotenen Zeugen diejenigen zur Vernehmung in der mündlichen Verhandlung aus und vernimmt diese in der mündlichen Verhandlung selbst. Die Rolle der Parteien ist meist darauf beschränkt, im Anschluss an die Vernehmung „Folgefragen“ stellen zu können.<sup>1112</sup> Zudem bestellt das Schiedsgericht selbst Sachverständige (s. das gesetzliche Vorbild in § 1049 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Entstammen die Parteien (oder eine Parteiseite) dem Rechtskreis des *common law*, ist es jedoch auch bei deutschem Schiedsort nicht unüblich, dass den Parteien bei der Beweiserhebung eine deutlich aktivere, dem Schiedsgericht eine passivere Rolle zukommt.<sup>1113</sup> Der Zeugen- und Sachverständigenbeweis wird dann vorwiegend von den Parteien bzw. ihren anwaltlichen Vertretungen betrieben und unter Verwendung schriftlicher Zeugenerklärungen sowie Gutachten von Parteisachverständigen mit anschließender *cross examination* erbracht („anglo-amerikanisches Modell“). Insoweit stellt sich die Frage: Begründet die Vereinbarung des anglo-amerikanischen Modells einen generellen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung?<sup>1114</sup>

<sup>1110</sup> S. statt vieler BT-Drs. 13/5274, S. 51; MüKo-ZPO/Münch, § 1050 Rn. 27; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1050 Rn. 23.

<sup>1111</sup> Mekat, SchiedsVZ 2017, 119; Salger/Trittmann/Trittmann, § 10 Rn. 72; Wegen/Barth/Wexler-Uhlich, International Arbitration in Germany, 2022, Kap. 6 Rn. 163.

<sup>1112</sup> Mekat, SchiedsVZ 2017, 119; The Munich POI Rn. 35 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 34).

<sup>1113</sup> Böckstiegel, Taking of Evidence in International Arbitration, 2010, S. 1, 3 f.; Mekat, SchiedsVZ 2017, 119; Salger/Trittmann/Trittmann, § 10 Rn. 73; Wegen/Barth/Wexler-Uhlich, International Arbitration in Germany, 2022, Kap. 6 Rn. 164.

<sup>1114</sup> Davon ausgegangen, dass der Sekundärprozess nicht ebenfalls dieser Gestaltung unterliegt.

## aa) Prozeduraler Rahmen

Zur Beurteilung sei der wesentliche Ablauf eines Zeugen- und Sachverständigenbeweises nach anglo-amerikanischem Modell kurz zusammengefasst: Die Parteien legen für jeden von ihnen benannten Zeugen eine schriftliche Zeugenerklärung vor, die grundsätzlich die Aussage des jeweiligen Zeugen darstellt (Direct). Damit die Gegenpartei die Möglichkeit erhält, sich zu den Aussagen des Zeugen Gehör zu verschaffen, kann sie sodann ein Kreuzverhör (Cross) des jeweiligen Zeugen beantragen (vgl. etwa Art. 8 Abs. 1 IBA-Rules; The Munich POI Rn. 95 (i)<sup>1115</sup>). In der Regel kann das Schiedsgericht zudem ungeachtet eines Antrags ein Kreuzverhör anordnen (vgl. etwa Art. 4 Abs. 10 IBA-Rules; The Munich POI Rn. 95 (iii)<sup>1116</sup>). Im Rahmen der *cross examination* wird der benennenden Partei typischerweise zunächst die Gelegenheit gewährt, den Zeugen zur Vervollständigung der schriftlichen Zeugenerklärung zu vernehmen (Ergänzender Direct).<sup>1117</sup> Der Ergänzende Direct darf die Zeugenerklärung allerdings nicht erweitern, da dies das rechtliche Gehör der Gegenpartei verkürzen würde, die sich sonst zur Erwiderung auf die *in effectu* teilweise erst jetzt erbrachte Zeugenerklärung nicht erklären konnte.<sup>1118</sup> Stattdessen dient der Ergänzende Direct lediglich als „Auftakt“ für die weitere Vernehmung.<sup>1119</sup> Es schließt sich ggf. ein sog. Erweiterter Direct an, in dem die benennende Partei den Zeugen zu Inhalten der schriftlichen Zeugenerklärungen der Gegenpartei befragen kann, auf die wegen der Einreichungsfrist nicht schon in der eigenen schriftlichen Zeugenerklärung eingegangen werden konnte.<sup>1120</sup> Sodann erfolgt der Cross, mit dem die Gegenpartei bzw. ihre anwaltliche Vertretung den Zeugen zum Inhalt seiner schriftlichen Zeugenerklärung vernimmt.<sup>1121</sup> An den Cross schließt sich meist noch eine „zweite Runde“ an, in der die benennende Partei den Zeugen zum Gegenstand des Cross vernehmen kann (Re-Direct) und die Gegenpartei wiederum zum Gegenstand des Re-Direct (Re-Cross).<sup>1122</sup> Das Schiedsgericht behält dabei regelmäßig die Vernehmungsleitung und kann den Zeugen insbesondere jederzeit selbst vernehmen (vgl. etwa Art. 8 Abs. 3 und Abs. 6 IBA-

<sup>1115</sup> Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 42.

<sup>1116</sup> Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 42.

<sup>1117</sup> Mekat, SchiedsVZ 2017, 119, 119 f.; The Munich POI Rn. 107 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 44).

<sup>1118</sup> Salger/Trittmann/Risse, § 12 Rn. 26.

<sup>1119</sup> Instruktiv zum Ergänzenden Direct *Blackaby*, Art of Advocacy in International Arbitration, 2. Aufl., 2010, S. 387 ff.

<sup>1120</sup> S. zu diesem zwingenden Zuschnitt The Munich POI Rn. 107 Fn. 73 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 44).

<sup>1121</sup> Mekat, SchiedsVZ 2017, 119, 120; The Munich POI Rn. 109 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 44). Instruktiv zum praktischen Ablauf *Kehoe*, Art of Advocacy in International Arbitration, 2. Aufl., 2010, S. 405 ff.

<sup>1122</sup> Mekat, SchiedsVZ 2017, 119, 120; The Munich POI Rn. 109 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 44).

Rules; The Munich POI Rn. 111 f.<sup>1123</sup>). Typischerweise übt das Schiedsgericht seine Vernehmungsleitung bei anglo-amerikanischer Prägung jedoch mit Zurückhaltung aus, lässt primär die Parteien die *cross examination* betreiben und stellt eigene Fragen im Wesentlichen erst im Nachgang.<sup>1124</sup>

Der Sachverständigenbeweis gestaltet sich ähnlich: Die Parteien beauftragen selbst Sachverständige (sog. Parteisachverständige bzw. *party appointed experts*) und lassen diese schriftliche Gutachten erstatten. Die sich anschließende *cross examination* des jeweiligen Sachverständigen ist im Grundsatz wie diejenige eines Zeugen eingeteilt. Darüber hinaus wird das Kreuzverhör oftmals von zusätzlichen Instrumenten flankiert – wie etwa einer Konferenz der Sachverständigen mit dem Schiedsgericht schon vor Erstattung der schriftlichen Gutachten (sog. Expert Pre-Hearing Meeting<sup>1125</sup>) oder einer gemeinsamen, von der jeweiligen individuellen *cross examination* gesonderten Vernehmung der Sachverständigen durch das Schiedsgericht in der mündlichen Verhandlung (sog. Expert Conferencing<sup>1126</sup>).

#### bb) Würdigung

Peter hat hinsichtlich des anglo-amerikanischen Zeugenmodells die Besorgnis geäußert, dass bei zu starker Passivität des Schiedsgerichts Lücken in der Sachverhaltsaufklärung entstehen könnten und damit abstrakt betrachtet weniger wahrscheinlich eine richtige Entscheidung gewährt werden könnte.<sup>1127</sup> Unter der Prämisse, dass das Schiedsgericht der *cross examination* lediglich als passiver Beobachter beiwohnt, ist diese Sorge sicherlich nicht ganz unbegründet: Schon die schriftlichen Zeugenerklärungen sind in der Praxis meist auf das Höchste „anwaltschaftlich präpariert“ und auch die Fragen im Rahmen der *cross examination* unter viel Vorbereitungsaufwand darauf zugeschnitten,<sup>1128</sup> aus dem gegnerischen Zeugen bestimmte Aussagen, Zugeständnisse, Widersprüche etc. herauszulocken. Der Zeugenbeweis ist im Ausgangspunkt also von den subjektiven Standpunkten der Parteien gefärbt.

Allerdings dürfte sich dieser Effekt in der Gesamtschau weitgehend dadurch aufheben, dass er im „Ring“ der beiden Parteiseiten mit zueinander gegensätzli-

---

<sup>1123</sup> Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 44.

<sup>1124</sup> S. auch *International Bar Association (IBA)*, Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Januar 2021 (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>), S. 26.

<sup>1125</sup> S. hierzu Proske, Expert witness conferencing in Schiedsverfahren, 2019, S. 54 ff.; The Munich POI Rn. 127 ff. (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 47).

<sup>1126</sup> S. hierzu eingehend Proske, Expert witness conferencing in Schiedsverfahren, 2019, *passim*; The Munich POI Rn. 145 f. (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 49).

<sup>1127</sup> Peter, SchiedsVZ 2016, 199, 201.

<sup>1128</sup> S. zu den rechtlichen Grenzen der Zeugenvorbereitung m.w.N. The Munich POI Rn. 25 Fn. 18 (Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a., SchiedsVZ 2024, 29, 33).

chen Vorzeichen auftritt. Zudem sind sich die Schiedsrichter dieses Umstands selbstverständlich bewusst.<sup>1129</sup> Sie werden dem Zeugen, wenn sie an seiner Glaubwürdigkeit bzw. seiner Wahrnehmung zweifeln oder entscheidungserhebliche Fragen unbeantwortet sehen, daher entweder im Nachgang an die Vernehmung durch die Parteien selbst Fragen stellen<sup>1130</sup> oder schon in die *cross examination* mit Fragen eingreifen (vgl. Art. 8 Abs. 4 (g) IBA-Rules; The Munich POI Rn. 111 f.<sup>1131</sup>). Ferner mag ein Zeuge, wie *Elsing* hervorhebt, durch die Aussicht auf eine spätere *cross examination*, in der dieser unter höchstem Druck steht, von Beginn an präziser und ehrlicher mit seiner Wahrnehmung umgehen.<sup>1132</sup> Es ist daher nicht zu erwarten, dass ein Zeugenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell abstrakt betrachtet zu einer geringeren Richtigkeitsgewähr führt.<sup>1133</sup>

Auch wird das rechtliche Gehör des Dritten durch das anglo-amerikanische Modell abstrakt nicht beschränkt: Es kann dem Dritten dadurch gewährt werden, dass die Hauptpartei ihn (bzw. seine rechtliche Vertretung) im Rahmen der akzesessorischen Prozessführungsbefugnis an der Vernehmung der eigenen und gegnerischen Zeugen teilhaben lässt. Die Hauptpartei muss dem Dritten diese Möglichkeit allerdings auch tatsächlich gewähren. Hindert sie ihn an der Vernehmung eines Zeugen im Rahmen der *cross examination*, steht dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu.

Demgegenüber ist das anglo-amerikanische Sachverständigenmodell bei deutschem Schiedsort schon im *Parteienverhältnis* problematisch. Während die herrschende Literatur einen Sachverständigenbeweis durch Parteisachverständige ohne Weiteres als zulässige Beweisform erachtet,<sup>1134</sup> haben *K. J. T. Wach/Petsch* hiergegen beachtliche Bedenken hervorgebracht: Ein Parteisachverständiger ist wie die ihn beauftragende Partei lediglich der „subjektiven Wahrheit“ verpflichtet. Denn der Gutachtenauftrag wird so auszulegen sein, dass der Sachverständige innerhalb des für das jeweilige Fachgebiet und im Hinblick auf den Gegenstand des Gutach-

<sup>1129</sup> Dazu, dass einem Zeuge angehört werden kann, dass er „zu stark“ vorbereitet wurde, *Carlson*, ICCA Congress Series No. 15, 2011, S. 202, 205.

<sup>1130</sup> S. zu dieser Praktik nur *International Bar Association (IBA)*, Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Januar 2021 (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>), S. 26.

<sup>1131</sup> *Meckes/K. J. Wach/Riethmüller u. a.*, SchiedsVZ 2024, 29, 44.

<sup>1132</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 119.

<sup>1133</sup> Nach einer Umfrage mit 710 Teilnehmern aus der internationalen Schiedspraxis wird das anglo-amerikanische Zeugenmodell von 90 % der Befragten als eine effektive Beweisform erachtet, vgl. *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2012 International Arbitration Survey, 2012 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf)), S. 26.

<sup>1134</sup> *Gramlich*, SchiedsVZ 2019, 233, 236 f.; *Lotz*, SchiedsVZ 2011, 203, 205; *MüKo-ZPO/Münch.*, § 1049 Rn. 39; *Reiser/Hüttmann*, SchiedsVZ 2020, 213, 215; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1049 Rn. 1; *BeckOK-ZPO/Wilske/Markert*, § 1049 Rn. 9; *Salger/Trittmann/Wittinghofer*, § 13 Rn. 57.



tens Vertretbaren zu einem für die Partei möglichst günstigen Ergebnis gelangen soll.<sup>1135</sup> Ein Parteisachverständiger ist daher, anders als ein schiedsgerichtlich bestellter, nicht (gesichert) neutral.<sup>1136</sup> Das ändert sich auch nur bedingt, wenn sich der Parteisachverständige im Rahmen von *Expert Rules of Conduct* zur Neutralität verpflichtet (s. etwa Art. 5 Abs. 2 (c) IBA-Rules; Art. 4 des Chartered Institute of Arbitrators' Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration („CI Arb Protocol“)<sup>1137</sup>).<sup>1138</sup> Denn es bleibt gleichwohl bei der einseitigen Auswahl und Instruktion des Sachverständigen durch die jeweilige Partei.<sup>1139</sup> Sie wird dabei stets „vorfühlen“, ob der angefragte Sachverständige das von ihr „angestrebte“ Ergebnis teilen wird. Diesen Umstand hatte auch der Reformgesetzgeber erkannt und in der Folgerung das nicht der Parteidisposition unterliegende Recht nach § 1049 Abs. 3 ZPO zur Ablehnung von Sachverständigen bewusst nur auf den schiedsgerichtlich bestellten bezogen: Nur dieser müsse und könne „in gleicher Weise wie die Schiedsrichter das Erfordernis der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit erfüllen“<sup>1140</sup>.

Es wäre daher konsequent, Gutachten von Parteisachverständigen als *qualifizierten Parteivortrag*<sup>1141</sup> einzuordnen.<sup>1142</sup> Der Reformgesetzgeber hat hingegen den von der herrschenden Literatur geteilten Weg eingeschlagen, die fehlende Neutralität *im Rahmen der Beweiswürdigung* dadurch zu berücksichtigen, dass „den Ausführungen eines solchen Sachverständigen wegen seiner Nähe zur Partei kein den Ausführungen des vom Gericht bestellten Sachverständigen vergleichbares Gewicht zukommt.“<sup>1143</sup> Wie *K. J. T. Wach/Petsch* herausgearbeitet haben, übersieht diese Erwägung jedoch etwas Wesentliches: Soweit dem Schiedsgericht der Sachverstand fehlt – und gerade deswegen muss und nur deswegen darf ein Sachver-

<sup>1135</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 16.

<sup>1136</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 88; *Waincymer*, Procedure and Evidence in International Arbitration, 2012, S. 933; mit Gedanken in diese Richtung auch *Samaras/Strasser*, SchiedsVZ 2013, 314, 315.

<sup>1137</sup> Abrufbar unter <https://www.ciarb.org/media/6824/partyappointedexpertsinternationalarbitration.pdf>.

<sup>1138</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 92; zuversichtlicher hingegen BeckOK-ZPO-Wilske/Markert, § 1049 Rn. 9.

<sup>1139</sup> Darauf hinweisend *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 92; *Samaras/Strasser*, SchiedsVZ 2013, 314, 315; *Salger/Trittmann/Wittinghofer*, § 13 Rn. 84.

<sup>1140</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 50.

<sup>1141</sup> So zum staatlichen Zivilprozess BGH NJW 2001, 77, 78.

<sup>1142</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 17; ähnlich *Musiak/Voit/Voit*, § 1049 Rn. 11 („kein wesentlich höherer Beweiswert als dem Parteivortrag beizumessen“).

<sup>1143</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 50; aus der Literatur *MüKo-ZPO/Münch*, § 1049 Rn. 40; *BeckOK-ZPO/Wilske/Markert*, § 1049 Rn. 9.

ständiger eingeschaltet werden<sup>1144</sup> –, fehlt dem Schiedsgericht erst recht der Sachverstand, um zu beurteilen, ob sich die fehlende Neutralität des Parteisachverständigen auf das Ergebnis der Begutachtung ausgewirkt hat.<sup>1145</sup> Gleichermäßen fehlt dem Schiedsgericht der Sachverstand dafür, einem Parteigutachten ein „geringeres Gewicht“ bei der Beweiswürdigung beizumessen als dem Gutachten eines schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen. Kurzum: Dort, wo sich das Schiedsgericht auf sachverständige Ansichten stützen muss, delegiert es seine Entscheidungsfindung gezwungenermaßen teilweise auf den Sachverständigen.<sup>1146</sup> Anders ist dies nur, soweit das Schiedsgericht im Verlauf des Sachverständigenbeweises eigene Sachkunde entwickelt. Dies wird bei komplexeren technischen Zusammenhängen allerdings nur beschränkt möglich sein. Jede Art von *in der Sache*<sup>1147</sup> vorgenommener Gewichtung durch das im betreffenden Punkt *unverständige* Schiedsgericht bleibt somit in letzter Konsequenz *willkürlich*.<sup>1148</sup> Man muss dies nicht notwendigerweise zum Anlass nehmen, die Vereinbarung eines anglo-amerikanischen Sachverständigenbeweises unter deutschem Schiedsverfahrensrecht schon *im Parteienverhältnis* als unzulässig anzusehen, sondern mag eine dahingehende Verfahrensgestaltung mit der herrschenden Auffassung durchaus als von der Autonomie der Parteien gedeckt erachten. Denn immerhin sind die Parteien auch in anderen Bereichen befugt, in ihr Schiedsverfahren willkürliche Entscheidungselemente einzubeziehen – wie etwa durch Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit (§ 1051 Abs. 3 Satz 1 ZPO) oder durch Beschränkung der Kognition des Schiedsgerichts auf einen der beiden von den Parteien eingenommenen Rechtsstandpunkten („Baseball Arbitration“<sup>1149</sup>).

Jedoch wecken die vorstehenden Erwägungen Zweifel daran, ob dem Dritten nach dem anglo-amerikanischen Sachverständigenmodell effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist. Denn dem Dritten gegenüber erscheint die Neutralität des Schiedsspruchs nicht *vollends* gesichert, wenn und weil die Entscheidungsfindung,

<sup>1144</sup> S. dazu mit näherer Begründung *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 22 f.

<sup>1145</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 93.

<sup>1146</sup> *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 26; ähnlich *Samaras/Strasser*, SchiedsVZ 2013, 314, 315; zur staatlichen Gerichtsbarkeit *Nicklisch*, Der technische Sachverständige im Prozeß, 1984, S. 236 („Zwang zur Anerkennung der Expertise“); *Sendler*, NJW 1986, 2907, 2908 f.

<sup>1147</sup> Möglich ist allein eine Entscheidung über die Verwertbarkeit des Gutachtens anhand formaler Kriterien (und, soweit der Sachverstand des Schiedsgerichts reicht), s. nur *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 27.

<sup>1148</sup> Deziert *K. J. Wach/Petsch*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 91, § 4 Rn. 93; mit Zweifeln an der Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts auch *Waincymer*, Procedure and Evidence in International Arbitration, 2012, S. 933. Auch das OLG München SchiedsVZ 2012, 43, 47 spricht nur von einer Abwägung nach „Plausibilität“. A. A. wohl *Gramlich*, SchiedsVZ 2019, 233, 235 f.

<sup>1149</sup> S. dazu etwa *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 116; *Wegen/Barth/Wexler-Uhlich*, International Arbitration in Germany, 2022, Kap. 4 Rn. 170 ff.

soweit dem Schiedsgericht der Sachverstand fehlt, durch das anglo-amerikanische Modell teilweise auf nicht gesichert neutrale Sachverständige delegiert wird. Diese Gefahr wird nicht beseitigt, wenn dem Dritten ermöglicht wird, ein eigenes Parteigutachten einzureichen: Zwar werden die beiden Gutachten der Schiedsparteien in der Regel gegensätzlich zueinander sein, sodass der Dritte durch sein eigenes Gutachten quantitativ betrachtet nicht übervorteilt ist. Jedoch besteht die abstrakte – einer Entkräftung durch die Hauptpartei nicht zugängliche – Gefahr, dass die Parteien des Primärprozesses in einem „abgekarteten Spiel“ mit übereinstimmenden Parteigutachten dem Dritten die Verantwortlichkeit für das Geschehen zuschieben wollen und versuchen, damit den Weg für eine Regress freizumachen. In diesem Fall haben die beiden Gutachten der Parteien quantitativ ein Übergewicht gegenüber demjenigen des Dritten. Auch wenn das Schiedsgericht bei der Würdigung der Parteigutachten sicherlich keine rein quantitative Betrachtung anstellen wird, ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass das Schiedsgericht übereinstimmenden Gutachten der Schiedsparteien ggf. besondere Beachtung schenkt. Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, erscheint eine differenzierte Lösung angezeigt: Dem Dritten kann das anglo-amerikanische Sachverständigenmodell zugemutet werden, wenn die Parteigutachten der Parteien – was den Regelfall darstellen dürfte – nicht zulasten der Rechtsposition des Dritten übereinstimmen; ist dies jedoch der Fall, steht der Streitverkündungswirkung der hier entwickelte generelle Vorbehalt entgegen.

### c) Beweismaß (*standard of proof*)

Weder die §§ 1025 ff. ZPO, noch das UNCITRAL-MG<sup>1150</sup> oder in der Praxis verbreitete Schiedsordnungen regeln das Beweismaß, d. h. den zur Annahme der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung notwendigen Grad an richterlicher Überzeugung. Die teilweise vertretene Auffassung, wonach in Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO das Beweismaß des § 286 ZPO heranzuziehen sei,<sup>1151</sup> kann daher allenfalls als praktischer *default* dienen. Es ist den Parteien, und mangels Parteivereinbarung dem Schiedsgericht, unbenommen, ein anderes Beweismaß festzulegen.<sup>1152</sup>

<sup>1150</sup> Im Gegenteil statuiert Art. 19 Abs. 2 UNCITRAL-MG, auf dem § 1042 Abs. 4 Satz 2 ZPO beruht: „The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.“

<sup>1151</sup> Laumen, MDR 2015, 1276, 1280; MüKo-ZPO/Münch., § 1042 Rn. 163; Wegen/Barth/Wexler-Uhlich, International Arbitration in Germany, 2022, Kap. 6 Rn. 171. Die von Salger/Trittmann/Trittmann, § 10 Rn. 111 in Fn. 172 zitierten Entscheidungen beschäftigen sich entgegen der Behauptung weder tragend noch in einem *obiter dictum* mit dem Beweismaß des § 286 ZPO (noch mit dem Beweismaß überhaupt).

<sup>1152</sup> Dazu mit eingehender Betrachtung Blavi/Vial, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 39 (2016), 41, 51 ff.

In international geprägten Schiedsverfahren wird das Beweismaß verbreitet an die im *common law* herangezogene *balance of probabilities* oder *preponderance of evidence* angelehnt.<sup>1153</sup> Dies bedeutet, dass eine tatsächliche Behauptung wie im Rahmen einer Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 1 ZPO schon dann als wahr angenommen wird, wenn das Schiedsgericht deren Wahrheit als *überwiegend wahrscheinlich* erachtet.<sup>1154</sup> Davon ausgehend einmal zugrunde gelegt, das Schiedsgericht hat seine Entscheidung im primären Schiedsverfahren nach dem Beweismaß einer *balance of probabilities* gefunden: Kann dem Dritten eine Streitverkündungswirkung aus diesem Verfahren ohne seine Zustimmung zugemutet werden, wenn dem Sekundärprozess das Beweismaß des Vollbeweises zugrunde liegt?

Dies wäre abzulehnen, wenn durch eine Entscheidung nach dem Beweismaß einer *balance of probabilities* die Richtigkeitsgewähr im Vergleich zu einer Entscheidung nach dem Maßstab des § 286 ZPO *erheblich* herabgesetzt wäre. Jedenfalls *prima facie* erscheint dies möglich. Denn auf dem Papier ist das Beweismaß nach § 286 ZPO deutlich strenger: Verlangt ist zwar keine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“, jedoch ein „für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet“.<sup>1155</sup>

Folgt man der Argumentation von *Trittmann*, führt die Anwendung der *balance of probabilities* in einem internationalen Schiedsverfahren jedoch nicht zwangsläufig weniger wahrscheinlich zu einer richtigen Entscheidung: Das niedrigere Beweismaß würde durch die intensivere Aufarbeitung des Sachverhalts im Rahmen einer regelmäßig stattfindenden *document production*<sup>1156</sup> aufgewogen werden.<sup>1157</sup> Die Prämisse überzeugt, dass der Sachverhalt durch eine *document production* im Durchschnitt sorgfältiger aufbereitet wird, als etwa in einem deutschen Zivilprozess.<sup>1158</sup> Gleichwohl erscheint das Argument nicht stichhaltig. Denn wurde der Sachverhalt tatsächlich sorgfältiger aufbereitet, sollte es auch keine Schwierigkeiten bereiten, einem entsprechend strengeren Beweismaß zu genügen. Insofern ist nicht ersichtlich, warum Beweismaß und Sorgfältigkeit der Sachverhaltsaufklärung in umgekehrtem Verhältnis zueinander korrelieren sollten.

<sup>1153</sup> *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren, 2019, S. 147; *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 6.83 ff.; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2488; *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121; *Redfern*, Arbitr. Int. 1994, 317, 321 f.; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 110, 112; mit rechtsvergleichender Betrachtung *Bond*, Arbitration 2011, 304, 305 ff.

<sup>1154</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 120; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2488; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 110.

<sup>1155</sup> Ständige Rechtsprechung, s. nur BGHZ 53, 245, 256; BGH NJW 2003, 1116, 1117; BGH NJW 2004, 777, 778.

<sup>1156</sup> S. zu dieser oben § 5 II. 3. a) (S. 256 ff.).

<sup>1157</sup> *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 112.

<sup>1158</sup> S. zu diesem Gedanken oben § 5 II. 3. a) (S. 257).

Und trotzdem führt ein strengeres Beweismaß nicht notwendigerweise zu einer wahrscheinlicher richtigen Entscheidung: Ein strengeres Beweismaß führt erstmalig nur dazu, dass die beweisbelastete Partei öfters beweispflichtig bleibt, also in mehr Fällen ein *non liquet* eintritt und das Schiedsgericht infolgedessen nicht aufgrund seiner Überzeugung entscheiden kann.<sup>1159</sup> Konsequenz daraus ist eine vermehrte Entscheidung nach den für den Fall anwendbaren Regeln zur *Beweislastverteilung*. Ob dies zu einer wahrscheinlicher richtigen Entscheidung führt, hängt vom *teleologischen Fundament der Regeln über die Beweislastverteilung* ab und ist gerade deswegen alles andere als gesichert: Zwar ist anerkannt, dass Beweislastregeln auch als heuristische Entscheidungsregeln dienen und ihnen ein Wahrscheinlichkeitswert zugrunde liegen kann.<sup>1160</sup> Soweit dies der Fall ist und der Wahrscheinlichkeitswert zutrifft, wäre die von der Beweislastregel intendierte Entscheidung jedenfalls *überwiegend* wahrscheinlich richtig. Jedoch ist ein – allenfalls geschätzter und kaum je empirisch ermittelter – Wahrscheinlichkeitswert oftmals nur ein Begleitmotiv für Beweislastregeln neben normativen, *wertenden* Gesichtspunkten, die im Falle eines *non liquet* nicht zwangsläufig zu einer empirisch wahrscheinlich richtigen Entscheidung führen müssen.<sup>1161</sup>

Dies tritt auch hinsichtlich der Beweislast der klagenden Partei für die anspruchsbegründenden Tatsachen hervor (auch bekannt als Angreiferprinzip oder *onus probandi actori incumbit*). Insoweit erscheint nicht vollends gesichert, ob die Erwägung trägt, dass es die heuristisch beste Entscheidung sei, eine Klage „im Zweifel“ abzuweisen, wenn nicht der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen kann.<sup>1162</sup> Immerhin zeigt eine empirische Auswertung des an der Kostenverteilung gemessenen Prozesserfolgs aller im Jahr 2020 vor Amts- und Landgerichten erledigten Verfahren, dass der Kläger – trotz seiner Beweislast für die anspruchsbegründenden Umstände – in mehr Fällen überwiegend oder ganz erfolgreich ist als der Beklagte.<sup>1163</sup> Für die *onus probandi* des Klägers dürfte demgegenüber entscheidend die

<sup>1159</sup> *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren, 2019, S. 143 f.

<sup>1160</sup> *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48; *Reinecke*, Beweislastverteilung, 1976, S. 40 ff., S. 51 ff.; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 132.

<sup>1161</sup> Dezidiert das Fazit von *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 1975, S. 384: „Ganz überwiegend steht aber im geltenden Zivilrecht die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Geschehensablaufs als Motiv für eine Beweislastregelung neben anderen rechtspolitischen Erwägungen, die in erster Linie die Entscheidung des Gesetzgebers tragen. Sie ist zumeist zusätzliche Rechtfertigung, nicht ausschlaggebender Grund und Anlaß für den Inhalt der Beweislastbestimmung.“

<sup>1162</sup> Hierfür *Reinecke*, Beweislastverteilung, 1976, S. 43; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 133. Wie hier zweifelnd *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48.

<sup>1163</sup> In ca. 74 % der Verfahren (474.293 von 637.949) vor den Amtsgerichten war der Kläger ganz oder überwiegend erfolgreich; der Beklagte nur in ca. 17 % der Verfahren (111.489 von 637.949). Vor Landgerichten ist das Verhältnis ebenso gerichtet, wenn auch nicht so eindeutig (ca. 47 % ganz oder überwiegender Erfolg durch den Kläger (100.490 von 215.515; ca. 44 % durch den Beklagten (94.286/215.554)). S. zu den Zahlen *Statistisches Bundesamt* (Destatis), Rechtspflege – Zivilgerichte (2020), 9.8.2021 ([https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?__blob=publicationFile)), S. 38, 60.

wertende Erwägung hinzutreten, dass eine umgekehrte Beweislastverteilung ersichtlich nicht gewünschte Klagen „auf gut Glück“ herausfordern würde.<sup>1164</sup> Zudem entspricht es allgemeiner Wertung, dass eine Person, die von einer anderen etwas fordert, beweiszuständig für ihre Forderung sein soll.<sup>1165</sup> Es soll also im Zweifel lieber eine berechtigte Klage abgewiesen als einer unberechtigten Klage stattgegeben werden.<sup>1166</sup>

Es hängt somit maßgeblich vom Motiv der jeweiligen Beweislastverteilung ab, ob ein strengeres Beweismaß auch wahrscheinlicher zu einer richtigen Entscheidung führt. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ein danach möglicherweise zu einem gewissen Grad bestehendes Gefälle in der Richtigkeitsgewähr zunächst nur auf dem Papier steht: Wie *Elsing* hervorgehoben hat, ist das Beweismaß jedoch in höchstem Maß der subjektiven Anwendung durch die zur Entscheidung berufenen Personen(en) ausgesetzt.<sup>1167</sup> Es ist daher zu erwarten, dass das Beweismaß jedenfalls zu einem nicht unerheblichen Grad nach „Bauchgefühl“ angewendet bzw. durch dieses überlagert wird.<sup>1168</sup> Zwar ist deswegen keineswegs obsolet, ein Beweismaß festzulegen und die Entscheidungsfindung danach auszurichten. Die Überlegung von *Elsing* verdeutlicht jedoch, dass die mit der vorstehenden Betrachtung aufgefundenen Feinheiten möglicherweise unterschiedlicher Richtigkeitsgewähr in der praktischen Anwendung zu einem nicht unerheblichen Grad wieder verwischt werden dürften. Dies ist in der internationalen Schiedspraxis eine allgemeine Beobachtung.<sup>1169</sup> Dies zusammengenommen spricht viel dafür, dass das Beweismaß einer *balance of probabilities* oder *preponderance of evidence* die Effektivität des Rechtsschutzes nicht beeinträchtigt; und dem Dritten die Streitverkündungswirkung aus einem solchen Verfahren also zugemutet werden kann.

#### 4. Besondere Verfahrens- und Entscheidungsformen

Etabliert haben sich weiter Verfahrens- und Entscheidungsformen, die von einem „regulären“ Schiedsverfahren abweichen:

---

<sup>1164</sup> *Reinecke*, Beweislastverteilung, 1976, S. 43; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 133.

<sup>1165</sup> *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 1975, S. 354 f.; *Schmidt*, JuS 2003, 1007, 1010.

<sup>1166</sup> *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 49.

<sup>1167</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121; zudem *Reiner*, Arbitr. Int. 1994, 328, 340.

<sup>1168</sup> *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 121; ähnlich *Reiner*, Arbitr. Int. 1994, 328, 340.

<sup>1169</sup> *Pietrowski*, Arbitr. Int. 2006, 373, 379; *Reiner*, Arbitr. Int. 1994, 328, 335; *Sachs/Niedermaier*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 129, § 6 Rn. 13; *Waincymmer*, Procedure and Evidence in International Arbitration, 2012, S. 766; bezogen auf den Zivilprozess *Gottwald*, FS Henrich, 2000, S. 165, 176.

### a) Beschleunigtes Verfahren (*expedited procedure*)

In den letzten beiden Jahrzehnten haben zahlreiche Schiedsordnungen beschleunigte Verfahren implementiert, die darauf abzielen, in der Regel innerhalb von nur sechs Monaten<sup>1170</sup> ab Verfahrensbeginn einen Endschiedsspruch zu erlassen. Hierzu sehen sie verschiedene, regelmäßig im weiten Ermessen des Schiedsgerichts stehende, Instrumente zur Verfahrensbeschleunigung vor. Im Folgenden werden die beschleunigten Verfahren der ICC-SchO, DIS-SchO, VIAC-SchO und den Swiss Rules in den Blick genommen. Während das beschleunigte Verfahren nach sämtlichen dieser Schiedsordnungen jedenfalls auf Parteivereinbarung hin stattfindet („opt-in“, vgl. Art. 30 Abs. 2 lit. b) ICC-SchO; Art. 1.4 DIS-SchO; Art. 42 Abs. 1 lit. a) Swiss Rules; Art. 45 Abs. 1 Satz 1 VIAC-SchO), sehen die ICC-SchO und die Swiss Rules auch eine streitwertabhängige Anwendung ohne – von der Wahl der Schiedsordnung gesonderte – Parteivereinbarung vor („opt-out“, vgl. Art. 30 Abs. 2 lit. a) ICC-SchO<sup>1171</sup>; Art. 42 Abs. 1 lit. b) Swiss Rules<sup>1172</sup>). Die praktische Bedeutung beschleunigter Verfahren ist unterschiedlich.<sup>1173</sup> Große Bedeutung haben sie aufgrund der streitwertabhängigen Durchführung in Verfahren nach der ICC-SchO und den Swiss Rules (38 % der bei der ICC im Jahr 2020 eingegangenen Verfahren nach der für Schiedsvereinbarungen ab 2021 gültigen Streitwertgrenze<sup>1174</sup>; 39 % der bei der ASA (vormals SCAI) im Jahr 2020 eingegangenen Verfahren und 40 % aller Verfahren seit dem Jahr 2004<sup>1175</sup>). Hingegen wurden nur ca. 4 % der 2022 bei der DIS eingegangenen Fälle als beschleunigte Verfahren durchgeführt.<sup>1176</sup>

### aa) Prozeduraler Rahmen

Um innerhalb von sechs Monaten ab Verfahrensbeginn zu einem Schiedsspruch gelangen zu können, sind verschiedene Maßnahmen vorgesehen, die je nach

<sup>1170</sup> Vgl. Art. 1 Anl. 4 DIS-SchO; Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Anh. VI ICC-SchO; Art. 42 Abs. 2 lit. e) Swiss Rules; Art. 45 Abs. 8 Satz 1 VIAC-SchO.

<sup>1171</sup> Bei einem Streitwert ≤ 2.000.000 US-Dollar bei Schiedsvereinbarung ab dem 1. März 2017 bzw. einem Streitwert ≤ 3.000.000 US-Dollar bei Schiedsvereinbarung ab dem 1. Januar 2021, vgl. Art. 1 Abs. 2 Anhang VI ICC-SchO.

<sup>1172</sup> Bei einem Streitwert ≤ 1.000.000 Schweizer Franken, außer der Gerichtshof entscheidet gegen die Anwendung des beschleunigten Verfahrens.

<sup>1173</sup> Mit einem Überblick zu Statistiken für weitere Schiedsinstitutionen *Banifatemi*, *Expedited Procedures*, S. 9, 18.

<sup>1174</sup> *International Chamber of Commerce* (ICC), ICC Dispute Resolution 2020 Statistic (ICC Publication No.: DRS895 ENG) (<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020>), S. 17.

<sup>1175</sup> *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI), Arbitration Statistics 2020 ([https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/10/SCAI-Stat-2020\\_for-publication-on-website-and-other-presentations-1.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/10/SCAI-Stat-2020_for-publication-on-website-and-other-presentations-1.pdf)), S. 1.

<sup>1176</sup> S. unter <https://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen>.



Schiedsordnung teils zwingend anzuwenden sind, teils vom Schiedsgericht nach seinem Ermessen angewendet werden können: Typisch ist die Beschränkung von Anzahl und ggf. Länge der Schriftsätze. Nach Art. 3 Satz 1 Anl. 4 DIS-SchO; Art. 42 Abs. 2 lit. c) Swiss Rules sowie Art. 45 Abs. 9.1 VIAC-SchO steht den Parteien nur eine weitere Schriftsatzrunde neben der Schiedsklage bzw. der Klageerweiterung zur Verfügung (Einleitungsanzeige oder -antwort nach den Swiss Rules). Für ICC-Verfahren stehen Anzahl und Länge<sup>1177</sup> der Schriftsätze im Ermessen des Schiedsgerichts (Art. 3 Abs. 4 Satz 2 Anh. VI ICC-SchO). Infolgedessen ist die Möglichkeit der Parteien, ihren Fall zu präsentieren, gegenüber „normalen“ Schiedsverfahren eingeschränkt: Hier sind mehrere Schriftsatzrunden nicht ungewöhnlich<sup>1178</sup> und den Parteien wird im Anschluss an die mündliche Verhandlung typischerweise im Rahmen von *Post Hearing Briefs* (teilweise in zwei Runden) die Gelegenheit gewährt, zum Ergebnis der mündlichen Verhandlung nochmals schriftsätzlich Stellung zu nehmen.<sup>1179</sup>

Sämtliche Schiedsordnungen sehen zudem Maßnahmen vor, um die Dauer der mündlichen Verhandlung zu begrenzen. Verbreitet wird zwingend maximal eine mündliche Verhandlung abgehalten (Art. 4 Satz 1 Anl. 4 DIS-SchO; Art. 45 Abs. 9.3 VIAC-SchO; Art. 42 Abs. 2 lit. d) Swiss Rules). In beschleunigten Verfahren nach der ICC-SchO und den Swiss Rules kann das Schiedsgericht nach seinem Ermessen sogar ganz auf eine mündliche Verhandlung verzichten und den Fall nur nach Aktenlage entscheiden (Art. 3 Abs. 5 Anh. VI ICC-SchO; Art. 42 Abs. 2 lit. d) Swiss Rules<sup>1180</sup>). Nach den anderen Schiedsordnungen ist dies nur auf Parteivereinbarung hin möglich (Art. 4 Satz 2 Anl. 4 DIS-SchO; Art. 45 Abs. 9.3 VIAC-SchO<sup>1181</sup>).

Üblich sind schließlich Einschränkungen der Beweisführung wie eine Maximalanzahl an Zeugen und der Ausschluss von Sachverständigenbeweis (ausdrücklich genannt nur in Art. 3 Abs. 4 Satz 2 a.E.; Abs. 5 Anh. VI ICC-SchO).<sup>1182</sup> Weitere Maßnahmen sind etwa die Einschränkung von Klageerweiterungen nach Bildung des Schiedsgerichts (vgl. Art. 3 Abs. 2 Anh. VI ICC-SchO) oder eine nur summarische Begründung des Schiedsspruchs (im Ermessen des Schiedsgerichts nur nach Art. 42 Abs. 2 lit. f) Swiss Rules). Die genannten Maßnahmen sind nicht

<sup>1177</sup> Insoweit kritisch *Bühler/Heitzmann*, J. Int. Arbitr. 34 (2017), 121, 138.

<sup>1178</sup> Vgl. nur *Elsing*, SchiedsVZ 2011, 114, 117; *Schütt*, SchiedsVZ 2017, 81, 86.

<sup>1179</sup> S. zu *Post Hearing Briefs* *Salger/Trittmann/Borris*, § 17 Rn. 1 ff.; zudem *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 6.214 f.; *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2468; *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Haller/Strack*, Art. 26 ICC-SchO Rn. 27.

<sup>1180</sup> S. zudem *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI), Swiss Rules of International Arbitration Practice Note, 2023 (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/03/Swiss-Rules-of-International-Arbitration-Practice-Note-27.03.2023.pdf>), Rn. 134.

<sup>1181</sup> S. dazu *Handbook Vienna Rules* (2014)/*Haugeneder/Netal*, Art. 45 Rn. 19.

<sup>1182</sup> *Salger/Trittmann/Fiebinger*, § 30 Rn. 2.

abschließend, sondern können vom Schiedsgericht nach dem allgemeinen Verfahrensermessens ergänzt werden.

### bb) Würdigung

Eine Streitverkündungswirkung kann aus einem beschleunigten Verfahren ohne Weiteres angenommen werden, wenn auch der Sekundärprozess als beschleunigtes Schiedsverfahren stattfindet. Ist der Sekundärprozess jedoch ein deutscher Zivilprozess, erscheint die Zumutbarkeit einer entsprechenden Verfahrensgestaltung dem Dritten gegenüber fraglich. Einige Gestaltungen sind zwar wenig problematisch: Eine etwaige Fixierung des Streitgegenstands berührt die Rechtsstellung des Dritten nicht und eine summarische Begründung des Schiedsspruchs könnte nur zur Folge haben, dass eine Streitverkündungswirkung mangels Dokumentation der tragenden primärgerichtlichen Feststellungen aus praktischen Gründen ausscheiden muss. Auch die Beschränkung auf eine weitere Schriftsatzrunde neben der Schiedsklage bzw. deren Erwidmung erscheint dem Dritten ohne Weiteres zumutbar: Zwar wird das Verfahren „frontlastiger“, wenn den Parteien bewusst ist, dass sie ihren Tatsachen- und Rechtsvortrag nur in einem weiteren Schriftsatz vertiefen können.<sup>1183</sup> Jedoch haben die Parteien und der Dritte im Rahmen von Replik und Duplik bei entsprechend sorgfältiger Vorbereitung ausreichend Gelegenheit, ihren Standpunkt vollständig vorzutragen und zum Standpunkt der Gegenseite Stellung zu nehmen. Die Anzahl der Schriftsatzrunden zu begrenzen, mag danach zwar das rechtliche Gehör ausgestalten, beschränkt es jedoch nicht. Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts und der Länge der Schriftsätze können die Gewähr rechtlichen Gehörs allerdings gefährden. Insoweit kommt es auf die Anordnung im Einzelfall an. Dasselbe gilt für Beschränkungen in der Beweisführung.<sup>1184</sup> Legt das Schiedsgericht eine Maximalanzahl von Zeugen fest, hängt eine Verkürzung des rechtlichen Gehörs des Dritten und der Richtigkeitsgewähr von der genauen Zahl und der Bedeutung des Zeugenbeweises im Primärverfahren ab. Ein genereller Ausschluss des Sachverständigenbeweises hingegen würde die Richtigkeitsgewähr erheblich herabsetzen und erscheint dem Dritten daher nicht zumutbar.

Problematisch erscheint zudem der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung. Dies zwar nicht schon im Hinblick auf das rechtliche Gehör: Den rechtliches Gehör kann auch in einem rein schriftlichen Verfahren vollumfassend gewährt werden.<sup>1185</sup>

---

<sup>1183</sup> Decker, SchiedsVZ 2019, 75, 77; Ipp, Expedited Arbitration at the SCC: One Year with the 2017 Rules (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/02/expedited-arbitration-scc-one-year-2017-rules-2/>).

<sup>1184</sup> S. dazu, dass Beschränkungen in der Beweisführung im Parteienverhältnis oftmals zu einem Ruf (der unterliegenden Partei) nach der Aufhebung des Schiedsspruchs führen, *Banifami*, Expedited Procedures, S. 9, 20 f.

<sup>1185</sup> Konsequenterweise wird auch der Grundsatz der Mündlichkeit im deutschen Zivilprozess nach § 128 Abs. 1 ZPO nicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör an-

Jedoch ist möglich, dass mit mündlicher Verhandlung etwas wahrscheinlicher eine richtige Entscheidung getroffen wird als in einem rein schriftlichen Verfahren: In der mündlichen Verhandlung bekommen die Parteien Gelegenheit, ihren Standpunkt mit dem Gericht zu erörtern und zu erfahren, ob das Gericht ihren Standpunkt versteht.<sup>1186</sup> In einem rein schriftlichen Verfahren tappen die Parteien (und der Dritte) hingegen „im Dunkeln“ und haben keine Gelegenheit, mögliche Missverständnisse auszuräumen.<sup>1187</sup> Gleichwohl dürfte sich der mit einem rein schriftlichen Verfahren verbundene Verlust an Richtigkeitsgewähr (bei dessen sorgfältiger Durchführung) in Grenzen halten. Für sich genommen erscheint dem Dritten der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung daher zumutbar. Für den staatlichen Zivilprozess wird dies, soweit ersichtlich, nicht anders gesehen.<sup>1188</sup>

Es griffe allerdings zu kurz, daraus zu folgern, dass eine Streitverkündung aus einem beschleunigten Verfahren heraus wirksam ist. Entscheidend kann nur sein, wie sich ein beschleunigtes Verfahren *in der Gesamtschau* auf die Richtigkeitsgewähr auswirkt: Insoweit ist nicht von der Hand zu weisen, dass durch den zeitlichen Druck, den die vorgegebenen sechs Monate bis zum Schiedsspruch schaffen, zusammen mit dem *kumulierten Effekt der verschiedenen Maßnahmen* das Risiko geschaffen wird, dass entscheidungserhebliche Tatsachen übersehen werden oder dem Schiedsgericht bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts Fehler unterlaufen.<sup>1189</sup> Auch das Risiko, beweisfällig zu bleiben, wird erhöht.<sup>1190</sup> Freilich mag es beschleunigte Verfahren geben, in denen alles perfekt läuft, Parteien und Schiedsgericht alle an einem Strang ziehen und so letztendlich ein „vollwertiges“, eben nur zeitlich höchst konzentriertes Schiedsverfahren geführt wird.

Man habe hierzu die Schilderung von Fiebinger<sup>1191</sup> zu einem Fall (nach der alten VIAC-SchO) aus seiner Praxis vor Augen, der eine komplexe Streitigkeiten im Bereich des Industrieanlagenbaus betraf und trotz notwendigen Sachverständigenbeweises, umstrittener Verfahrens-

---

gesehen, s. nur BVerfGE 89, 381, 391; MüKo-ZPO/*Fritsche*, § 128 Rn. 3; BeckOK-ZPO/*Selle*, § 128 Rn. 3.

<sup>1186</sup> Darauf hinweisend auch MüKo-ZPO/*Fritsche*, § 128 Rn. 3; Nedden/Herzberg/Koetzki/*Haller/Strack*, Art. 26 ICC-SchO Rn. 2.

<sup>1187</sup> Vgl. auch *Schütt*, SchiedsVZ 2017, 81, 89.

<sup>1188</sup> Was im Gesetz eine Stütze findet: Die Disposition der Parteien über den Grundsatz der Mündlichkeit hängt nach § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO nur von deren Zustimmung ab und das rechtliche Gehör des Dritten, was § 68 Hs. 2 ZPO allein schützt, wird durch ein rein schriftliches Verfahren, wie gesehen, für sich genommen nicht beschränkt. Zudem wird eine Streitverkündung heute nach allgemeiner Auffassung auch im selbständigen Beweisverfahren für zulässig erachtet (vgl. statt vieler BGHZ 134, 190, 193; BGH NJW 2015, 559 Rn. 14; eingehend und m. w. N. zudem *Giesen*, Die Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren, 2023, S. 59 ff.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 258 ff.), in dem eine mündliche Verhandlung nicht notwendig ist (vgl. §§ 128 Abs. 4, 490 Abs. 1 ZPO).

<sup>1189</sup> Ähnlich *Decker*, SchiedsVZ 2019, 75, 78 f.; positiver gestimmt *Seraglini/Baeten*, Expedited Procedures, S. 34, 40 f.

<sup>1190</sup> *Decker*, SchiedsVZ 2019, 75, 78 f.

<sup>1191</sup> *Salger/Trittmann/Fiebinger*, § 30 Rn. 50 ff.

fragen und einer Zielvorgabe für den Schiedsspruch von nur drei Monaten mit höchster Gründlichkeit geführt worden zu sein scheint.

Im Regelfall ist jedoch zu erwarten, dass die Verfahrenskonzentration eines beschleunigten Verfahrens zum Preis der Gründlichkeit gewonnen wird.<sup>1192</sup> Der durch ein beschleunigtes Verfahren somit jedenfalls *abstrakt drohende Verlust an Richtigkeitsgewähr* ist nicht unerheblich – auch nicht verglichen damit, dass dem Dritten durch eine Streitverkündung vor Commercial Courts oder im Verfahren der MFK sowie nach dem KapMuG ohne seine Zustimmung die Berufungsinstanz abgeschnitten werden kann.<sup>1193</sup> Denn der Verlust an Gründlichkeit in einem beschleunigten Verfahren betrifft bereits die *primäre Entscheidungsfindung*.

Es kommt schließlich auch nicht in Betracht, die Streitverkündungswirkung aus einem beschleunigten Verfahren davon abhängig zu machen, dass die Hauptpartei dessen gründliche Entscheidungsfindung zu beweisen hat. Denn die Gründlichkeit der Überzeugungsbildung durch das Gericht ist einem Beweis nicht zugänglich. Einem beschleunigten Verfahren haftet insofern stets der Makel potenziell weniger gründlicher Entscheidungsfindung an. Auch würde dem Dritten die einzelfallbezogene Einrede nicht gewährten Gehörs nicht zu effektivem Schutz verhelfen, da dem Dritten durch die meisten der verfahrensbeschleunigenden Maßnahmen gerade nicht sein rechtliches Gehör verkürzt wird; der Makel besteht gerade in einer latenten, nicht ausräumbaren Gefahr einer weniger gründlichen Entscheidungsfindung. Diesen Makel mag man möglicherweise als zu gering ansehen, als dass es gerechtfertigt erschiene, der Hauptpartei deswegen die Streitverkündungswirkung zu nehmen. Und in der Tat: In den weit überwiegenden Fällen wird der Verdacht, bei einem beschleunigten Verfahren werde die Verfahrensbeschleunigung zum Preis der Gründlichkeit der Entscheidungsfindung gewonnen, unbegründet sein und wird den Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern dadurch zu Unrecht misstraut. Gleichwohl erscheint es vorzugswürdig, die Streitverkündungswirkung aus einem der betrachteten beschleunigten Verfahren nur mit Zustimmung des Dritten eintreten zu lassen (wenn der Sekundärprozess nicht in vergleichbarer Form ausgestaltet ist).<sup>1194</sup> Denn insoweit ist erneut in Erinnerung zu rufen: Dem Dritten wird durch Annahme einer arbitralen Streitverkündungswirkung ohne dessen privatautonome Zustimmung ohnehin viel aufgebürdet. Dann aber muss jedenfalls *sichergestellt*

<sup>1192</sup> Prägnant *Bühler/Heitzmann*, J. Int. Arbitr. 34 (2017), 121, 148: „While expedited procedures should not be compared to rolling the dice, parties should not expect perfect and accurate results under the EPP.“ Wie hier auch *Berger*, SchiedsVZ 2008, 105, 110; *Borris*, BB 2008, 294, 297; *Decker*, SchiedsVZ 2019, 75, 78; *Salger/Trittmann/Fiebinger*, § 30 Rn. 2; *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Levetzow*, Art. 2 DIS-BV Rn. 5; *Stretz*, GWR 2017, 89, 93; *Schütt*, SchiedsVZ 2017, 81, 89.

<sup>1193</sup> S. dazu oben § 4 III.2. c) aa) (S. 171 f.).

<sup>1194</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Aussage von *Berger*, SchiedsVZ 2008, 105, 110: „Die [zur Durchführung eines beschleunigten Verfahrens] notwendige Abwägung zwischen Schnelligkeit und Gründlichkeit kann den Parteien niemand abnehmen.“ In der Sache ebenso *Borris*, BB 2008, 294, 297; *Scherer*, SchiedsVZ 2005, 229, 230; *Seraglini/Baeten*, Expedited Procedures, S. 34, 41.

sein, dass diesem im primären Schiedsverfahren effektiver Rechtsschutz zukam. Da dies hier nicht vollends der Fall ist, muss die Streitverkündungswirkung entfallen – denn die Argumentationslast liegt hier in Richtung der Hauptpartei verteilt. Die vorstehenden Erwägungen gehen hieraus hervor und sind insofern nicht als Kritik an der Qualität der Verfahrensführung durch Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter in beschleunigten Verfahren zu verstehen.

### *b) Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut*

Ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist ein zwischen den Parteien geschlossener Vergleich, der in die Form eines Schiedsspruchs gegossen wird (§ 1053 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Art. 41 DIS-SchO). Durch die damit einhergehende Wirkungsgleichstellung (§ 1053 Abs. 2 Satz 2 ZPO) wird die weitgehende Vollstreckbarkeit des Vergleichs gesichert (unter anderem nach dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 („UNÜ“)).<sup>1195</sup> Dem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut kommt große Bedeutung zu, da er ein Vorbild in Art. 30 UNCITRAL-MG findet. Von 630 Schiedssprüchen, die in einer von R. Wolff mit Unterstützung des Bundesministeriums der Justiz und der DIS durchgeführten Studie ausgewertet wurden (und Gegenstand eines Verfahrens nach § 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO waren), waren ca. 8 % solche mit vereinbartem Wortlaut.<sup>1196</sup> Der frühere Generalsekretär der DIS, *Bredow*, äußerte demgegenüber für DIS-Verfahren im Jahr 2010 eine Quote für Schiedssprüche mit vereinbartem Wortlaut von 30 %.<sup>1197</sup>

Streitverkündungswirkung kann ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut aus offensichtlichen Gründen nicht entfalten: Er ist trotz seiner Konstruktion als schiedsrichterliche Entscheidung<sup>1198</sup> nicht in richterlicher Rechtserkenntnis fundiert, sondern in derjenigen der Parteien.<sup>1199</sup> Eine Streitverkündungswirkung ist vor diesem Hintergrund schon nicht angezeigt, da die Hauptpartei das Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts selbst geschaffen hat, sollte es aufgrund des Inhalts des Vergleichs im Sekundärprozess bestehen. Der Streitverkündungswirkung stünde zudem generell die Einrede nicht gewährten Gehörs entgegen, wenn der Dritte am Zustandekommen des Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut nicht beteiligt war. Wurde er beteiligt, mag er hingegen möglicherweise selbst Adressat des Schiedsspruchs sein.<sup>1200</sup>

<sup>1195</sup> S. statt vieler BT-Drs. 13/5274, S. 54; Salger/Trittmann/*Hanefeld/Nedden*, § 20 Rn. 15; MüKo-ZPO/*Münch*, § 1053 Rn. 1.

<sup>1196</sup> *R. Wolff*, SchiedsVZ 2022, 72, 83.

<sup>1197</sup> *Bredow*, SchiedsVZ 2004, 295.

<sup>1198</sup> S. dazu auch OLG München SchiedsVZ 2012, 217, 217 f.

<sup>1199</sup> Anschaulich MüKo-ZPO/*Münch*, § 1053 Rn. 33, § 1054 Rn. 35.

<sup>1200</sup> S. zur Möglichkeit, eine nicht am Verfahren beteiligte Person in den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut einzubeziehen nur MüKo-ZPO/*Münch*, § 1053 Rn. 15.

### III. Zusammenfassung

Der vorstehende Paragraph setzt an der in § 4 (S. 134 ff.) entwickelten Auffassung an, dass eine im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärte Streitverkündung ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung und ohne seine Zustimmung wirksam sein kann – wenn das Streitverkündungsrecht bestimmten Beschränkungen unterzogen und die Streitverkündungswirkung unter den Vorbehalt gestellt wird, dass der verfahrensmäßige Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet.

Dieser Vorbehalt wird zunächst näher konturiert: Er ist mit der Frage nach der Zumutbarkeit der Gestaltung des konkreten (primären) Schiedsverfahrens einzelfallbezogen und mit seiner Ausrichtung auf die verfahrensmäßige, abstrakte Gestaltung des Verfahrens zugleich generell: Die Streitverkündungswirkung muss generell entfallen, wenn auch nur eine Verfahrensgestaltung den Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes begründet. Das übergeordnete Kriterium des Vorbehalts ist, dass der *Rechtsschutz* im primären Schiedsverfahren, den der Dritte über die Streitverkündungswirkung teilweise aufgedrängt bekommt, *effektiv* sein muss. Ob dies der Fall ist, ist anhand sämtlicher Verfahrensgarantien zu beurteilen, die sich unter dem Gebot effektiven Rechtsschutzes bündeln lassen: Insbesondere Gehör, Neutralität und Richtigkeitsgewähr. Während der Maßstab für die Neutralitätsgewähr das absolute Ideal der Neutralität ist, genügt das primäre Schiedsverfahren der Richtigkeitsgewähr und dem rechtlichen Gehör schon dann, wenn es *mindestens* das Niveau des Sekundärprozesses erreicht. Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zumutbarkeit trägt die Hauptpartei.

Nach dieser Grundlegung werden einige in der Schiedspraxis verbreitete Verfahrensgestaltungen unter den Vorbehalt eingeordnet. Als eine Hürde für die Praktikabilität der Streitverkündung stellen sich die engen zeitlichen Grenzen heraus, die für den Fall gezogen sind, dass dem Dritten eine paritätische Mitwirkung an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu ermöglichen ist: Die Hauptpartei muss den Streit vor diesem Hintergrund grundsätzlich spätestens zu einem Zeitpunkt verkündet haben, ab dem der Dritte noch paritätisch an der im konkreten Verfahren geltenden Konstituierungsphase beteiligt werden kann. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt die Hauptpartei. Verkündet die Hauptpartei den Streit daran gemessen nicht rechtzeitig, ist die Streitverkündung *schwebend* unwirksam und kann nurmehr wirksam werden, wenn sich der Dritte nachträglich mit dem konstituierten Schiedsgericht einverstanden erklärt oder seine Rüge analog § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO verloren hat, indem er sich nicht innerhalb von zwei Wochen, nachdem ihm die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, vor dem zuständigen staatlichen Gericht gegen die Zusammensetzung wendet. Ein Blick auf die Schiedspraxis zeigt: Eine Streitverkündung ist schon im geltenden, von gängigen Schiedsordnungen (ICC, DIS, VIAC, LCIA, ASA) gesteckten Rahmen in grundsätzlich praktikabler Weise möglich. Je nach einschlägigem Konstituierungsverfahren und abhängig davon, ob der Streit auf Kläger- oder Beklagtenseite

verkündet wird, wird der Hauptpartei jedoch eine umsichtige Vorausschau abverlangt, ohne die eine Streitverkündung an den entwickelten zeitlichen Grenzen scheitern mag. Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung der Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung angezeigt, um die Streitverkündung im Schiedsverfahren zu einem rundum attraktiven Instrument zu machen. Die DIS-ERS sind hierfür ein gutes Vorbild.

Sodann werden einige den Parteivortrag und die mündliche Verhandlung betreffenden Verfahrensgestaltungen eingeordnet: Findet das primäre Schiedsverfahren in englischer Sprache statt, begründet dies keinen generellen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung, da dem Dritten – wie auch im staatlichen Zivilprozess selbst – kein „Recht auf ein Verfahren in der Muttersprache“ oder in der Sprache des Sekundärprozesses zusteht. Stattdessen eröffnet der Anspruch des Dritten auf rechtliches Gehör eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung, wenn der Dritte der Verfahrenssprache nicht hinreichend mächtig ist und die Hauptpartei dem Dritten nicht – schriftlich wie mündlich – einen Übersetzer zur Seite stellt. Ohne Zustimmung ist dem Dritten zudem zuzumuten, dass ein Schiedsverfahren nach dem Verfahrenskalender von vornherein auf eine umfassende mündliche Verhandlung zugeschnitten wird. Das Gleiche gilt für eine virtuelle Durchführung der mündlichen Verhandlung (*remote hearing*). Dem Dritten steht jedoch eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu, wenn die virtuelle Schiedsverhandlung in einer sein rechtliches Gehör verkürzenden Weise durchgeführt wurde.

Die Beweiserhebung betreffend wird dargelegt, dass eine *document production* keinen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung begründet, da sie die Richtigkeitsgewähr nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil aufgrund einer gründlicheren Sachverhaltsaufklärung tendenziell besser gewährleistet. Auch ist der Dritte nach den §§ 1050; 142 Abs. 1, Abs. 2 ZPO vor unzumutbaren Vorlageanordnungen effektiv geschützt. Der in vom *common law* geprägten Schiedsverfahren häufig nach anglo-amerikanischem Modell durchgeführte Zeugenbeweis durch schriftliche Zeugenerklärungen und anschließender Vernehmung in *cross examination* ist dem Dritten ohne Weiteres zumutbar. Bezüglich des anglo-amerikanischen Sachverständigenbeweises ist zu differenzieren: Dem Dritten kann das anglo-amerikanische Sachverständigenmodell zugemutet werden, wenn die Parteigutachten der Parteien nicht zulasten der Rechtsposition des Dritten übereinstimmen; ist dies jedoch der Fall, steht der Streitverkündungswirkung ein genereller Vorbehalt entgegen. Es spricht viel dafür, dass dem Dritten zudem eine Entscheidungsfindung nach dem international etablierten Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*balance of probabilities* oder *preponderance of evidence*) zugemutet werden kann.

Die Untersuchung schließt mit zwei besonderen Verfahrens- bzw. Entscheidungsformen und gelangt für beide zu dem Ergebnis, dass eine Streitverkündung nur mit Zustimmung des Dritten wirksam ist: (1) aus beschleunigten Verfahren, da der zeitliche Druck, den die vorgegebenen sechs Monate bis zum Schiedsspruch



schaffen, zusammen mit dem kumulierten Effekt der verschiedenen verfahrensbeschleunigenden Maßnahmen die Gewähr der Richtigkeit des Schiedsspruchs nicht unerheblich herabsetzen; (II) hinsichtlich eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut schon deswegen, weil die Hauptpartei nicht schutzwürdig ist, wenn und weil der Schiedsspruch nicht in richterlicher, sondern eigener Rechtserkenntnis gründet.

## § 6 Ein Experiment de lege lata: Eine „materiellrechtliche“ arbitrale Streitverkündungswirkung

Die vorstehenden § 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.) haben hervorgebracht, dass eine Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung oder Zustimmung zur Streitverkündungswirkung<sup>1201</sup>) unter bestimmten Modifikationen wertungsmäßig legitimiert und also *jedenfalls de lege ferenda* angeordnet werden kann. Dieser Befund gibt Anlass für einen Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts.<sup>1202</sup> Doch zuvor unternimmt der nachfolgende Paragraph ein Experiment *de lege lata*: Er untersucht, ob einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung rechtsfortbildend bereits nach geltendem Recht eine Wirkung beigemessen werden kann.

Eine analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO scheidet hierfür aus. Dies allerdings nicht schon zwangsläufig aufgrund der Anordnung in § 1025 Abs. 1 ZPO, bei deutschem Schiedsort nur die „Vorschriften dieses Buches [...] anzuwenden“: Zwar wird dadurch die direkte Anwendung von Vorschriften außerhalb des zehnten Buches der ZPO für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO gesperrt. Jedoch erscheint, soweit es wie hier um die mögliche Ausfüllung einer Regelungslücke geht, eine analoge Anwendung von Vorschriften außerhalb des zehnten Buches der ZPO möglich. Die Stimmen der herrschenden Auffassung gehen hiervon implizit aus, wenn sie nach der analogen Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO fragen und diese also jedenfalls nicht schlechthin für ausgeschlossen erachten. Jedoch wäre eine analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO nur weitgehend losgelöst von ihrem Wortlaut „wie ein Flickenteppich“ möglich. Dies würde dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Gebot der Rechtsklarheit nicht genügen.

Neben dem einzelfallbezogenen Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes, unter den eine arbitrale Streitverkündungswirkung zu stellen ist,<sup>1203</sup> ist eine Streitverkündung im Schiedsverfahren im Regelfall nicht wie nach § 72 Abs. 1 ZPO „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechts-

---

<sup>1201</sup> S. zu diesem Zuschnitt der Untersuchung oben § 1 II. (S. 29 f.).

<sup>1202</sup> Unten § 8 (S. 340 ff.).

<sup>1203</sup> S. zur Herleitung oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) und zum Vorbehalt eingehend oben § 5 (S. 235 ff.).

streits“ zulässig, sondern nur bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts (genauer: bis zu dem Zeitpunkt, bis zu dem dem Dritten noch eine paritätische Mitwirkung an der Konstituierung möglich ist).<sup>1204</sup> Andersherum muss eine arbitrale Streitverkündung nicht „gerichtlich“ im Sinne von § 72 Abs. 1 ZPO, sondern kann auf Parteibetreiben und schon vor Einleitung des Schiedsverfahrens erklärt werden.<sup>1205</sup> Weiter passt der Verweis in § 74 Abs. 1 ZPO nicht vollständig, wonach sich die Stellung des Dritten zu den Parteien nach dessen Beitritt „nach den Grundsätzen über die Nebenintervention“ richtet: Aufgrund der in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung angenommenen Unzulässigkeit einer eigeninitiativen Nebenintervention im Schiedsverfahren,<sup>1206</sup> kommt es im Rahmen eines Zwischenstreits über den Beitritt des Dritten nicht auf ein „rechtliches Interesse“ im Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO an. Vielmehr ist der Beitritt des Dritten nur Streitverkündungsbedingung und also nur zulässig, wenn die plausible Möglichkeit eines Streitverkündungsgrunds dargelegt werden kann. Ferner hat die Untersuchung ergeben, dass der Umfang einer arbitralen Streitverkündungswirkung teilweise abweichend von § 68 Hs. 1, Hs. 2 ZPO zu fassen ist.<sup>1207</sup>

Wie bereits einleitend aufgeworfen, ist jedoch zu erwägen, ob sich eine arbitrale Streitverkündungswirkung im Wege der Rechtsfortbildung aufgrund von Vorschriften des materiellen Rechts konstruieren lässt.

## I. Die Legitimität einer „materiellrechtlichen“ Konstruktion der Streitverkündungswirkung im Wege der Rechtsfortbildung

Die Legitimität einer „materiellrechtlichen“ Konstruktion der Streitverkündungswirkung im Wege der Rechtsfortbildung erscheint allerdings nicht selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass die Streitverkündung im heutigen Diskurs als prozessuales Instrument verstanden wird,<sup>1208</sup> und man hinzunimmt, dass Prozess-

<sup>1204</sup> S. dazu oben § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>1205</sup> S. dazu oben § 5 II. 1. b) aa) (1) (S. 244 f.).

<sup>1206</sup> S. dazu oben § 4 I. 4. (S. 158 ff.).

<sup>1207</sup> In Konstellation I (Schiedsverfahren – staatlicher Zivilprozess) ist dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu eröffnen, soweit der Schiedsspruch in einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen Instanzenzug mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre (oben § 4 III. 2. d) (S. 173 f.). Und in beiden Konstellationen ist die *exceptio mali processus* schon in allen Fällen zu gewähren, in denen die Hauptpartei durch ihre mangelhafte Prozessführung hinsichtlich des Risikos eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts ein Verursachungsbeitrag trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist (oben § 4 IX. (S. 222 ff.).

<sup>1208</sup> BGHZ 36, 212, 215; Zöller/Althammer, § 68 Rn. 1; Häsemeyer, ZZZ 84 (1971), 179, 191; Jacoby, Musterprozessvertrag, 2000, S. 34; Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 135 ff.; Wiczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 27; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 51 Rn. 25; Wieser, ZZZ 79 (1966), 246, 284 f.; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 16 f.; a.A. (materiellrechtliche Natur) aber K.J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228, 233; zudem Grunsky, ZZZ 89 (1976), 241, 257 f. Der Entscheidung RGZ 77, 14, 17 ist keine materiellrechtliche Einordnung der Streitverkündungswirkung zu entnehmen. Das Reichsgericht hält es lediglich für möglich, dass aus dem materiellen Recht heraus eine Streitverkündungsähnliche Bindungswirkung eintritt.

recht und materielles Recht landläufig als getrennte Materien verstanden werden, die sich schon in ihrer Zwecksetzung und ihrem Inhalt wesentlich voneinander unterscheiden würden.<sup>1209</sup> Vor diesem Hintergrund liegt der Schluss nicht fern, dass das Instrument der Streitverkündung aufgrund seiner prozessualen Natur – legt man diese einmal unhinterfragt zugrunde – auch im Prozessrecht *verhaftet* sei und nicht rechtsfortbildend in der davon angeblich zu trennenden Materie des materiellen Rechts nachgebildet werden könne. Wie im Folgenden zu zeigen ist, sind diese Bedenken jedoch zu verwerfen.

## 1. Ein Blick auf das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht

Hierzu ist ein Blick auf die Erkenntnisse zum Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht zu werfen, die in den vergangenen Jahrzehnten vor allem durch *Henckel*<sup>1210</sup>, *Konzen*<sup>1211</sup>, *Zöllner*<sup>1212</sup> und (etwas davor) durch *Neuner*<sup>1213</sup> gewonnen wurden:<sup>1214</sup>

### *a) Die wertungsmäßige Implikationslosigkeit der Kategorien „prozessrechtlich“ und „materiellrechtlich“*

Das materielle Recht lässt sich unbestreitbar nur vollständig verstehen, wenn man (die Aussicht auf) seine Feststellung und zwangsweise Durchsetzung mit in den Blick nimmt.<sup>1215</sup> Was eine materielle Rechtsposition „wert“ ist, zeigt sich eben erst im Prozess ihrer Feststellung und Durchsetzung. Freilich könnte das Prozessrecht aus dieser Warte noch immer – so eine auch heute verbreitete Vorstellung<sup>1216</sup> – als das dem materiellen Recht dienende Vehikel verstanden werden, in dem sich der „Wert“ des materiellen Rechts als „objektive Rechtslage“ realisiert (oder auch

<sup>1209</sup> S. etwa *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 43; *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 11 ff.; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 27; *Stein*, Grundriß des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. 1928 (Neudruck 1970), S. XIV; in der Tendenz auch *Jauernig*, JuS 1971, 329 ff.

<sup>1210</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970.

<sup>1211</sup> *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976.

<sup>1212</sup> *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471 ff.

<sup>1213</sup> *R. Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, 1925.

<sup>1214</sup> S. aus jüngerer Zeit zudem die Beiträge von *Arens*, AcP 173 (1973), 250 ff.; *Böttcher*, ZJP 85 (1972), 1 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329 ff.; *Picker*, FS Flume Bd. I, 1978, S. 649 ff.; *Schumann*, FS Larenz II, 1983, S. 571 ff. sowie die Übersicht bei *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 475 Fn. 17. Zudem die Beiträge im *liber amicorum* für *Henckel* (*Münch* (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht, 2015).

<sup>1215</sup> *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 474; ähnlich *R. Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, 1925, S. 5; aus dem *common law* *Carruthers*, ICLQ 53 (2004), 691, 696.

<sup>1216</sup> S. etwa *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I, 1950, S. 95; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 27; in der Tendenz auch *Schima*, Materielles Recht und Verfahrensrecht, 1958, S. 48; relativierend *Wieczorek/Schütze/H. Prütting*, Einleitung Rn. 122.

nicht). Die Analysen insbesondere der vorgenannten Autoren haben jedoch gezeigt, dass dieses Verständnis mit dem tatsächlichen Zusammenspiel der beiden Materien nicht vereinbar ist, sondern Prozessrecht und materielles Recht hinsichtlich der durch sie verwirklichten Wertungsentscheidungen untrennbar miteinander verwoben sind:

Die Untrennbarkeit haben sie in vielfacher Weise demonstriert, wovon hier nur das besonders anschauliche Beispiel des Schuldnerschutzes hervorgehoben werden soll: Soweit etwa die Pfändungsverbote des § 811 ZPO den Vollstreckungsschuldner schützen, lässt sich von einer dienenden Funktion des Prozessrechts nicht sprechen. Die Pfändungsverbote dienen nicht der Durchsetzung einer „objektiven Rechtslage“ – des Zahlungsanspruchs –, sondern verfolgen eigene Zwecke, wägen selbst widerstreitende Interessen ab, insbesondere das zu vollstreckende materielle Recht des Gläubigers mit der (auch: wirtschaftlichen) Existenzgrundlage des Schuldners.<sup>1217</sup> Es wäre allerdings ebenso verfehlt, nähme man andersherum an, die Pfändungsverbote des § 811 ZPO würden rein „prozessrechtliche“ Zwecke verfolgen: Dass § 811 ZPO die Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Schuldners beschränkt, ist gleichermaßen Ausdruck materieller Gerechtigkeit, wie es etwa die „materiellrechtlichen“ Regelungen zum Haftungsverband der Hypothek sind.<sup>1218</sup> Zu denken ist etwa an §§ 811 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ZPO; 1121 ff. BGB, die beide das Interesse des Schuldners am Erhalt seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit schützen.<sup>1219</sup> Vor diesem Hintergrund wird der Vollstreckungsschutz verbreitet auf „privatrechtliche Wertungen“<sup>1220</sup> zurückgeführt, ihm eine materiellrechtliche Natur attestiert,<sup>1221</sup> oder als „materiellrechtliche Haftungsnormen“<sup>1222</sup> eingeordnet.

Andersherum gestalten „materiellrechtliche“ Normen nicht selten auch unmittelbar – d. h. nicht nur, indem sie das festzustellende Recht formen – die Rechtsfeststellung und Durchsetzung. So etwa § 945 ZPO im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>1223</sup>: Der einstweilige Rechtsschutz bewahrt den potenziellen Gläubiger davor, dass dessen effektive Justizgewähr bis zur Feststellung über sein behauptetes Recht im Erkenntnisverfahren durch Zeitablauf oder durch Handlungen des potenziellen Schuldners faktisch beeinträchtigt wird und gibt ihm dazu verschiedene Rechtsbehelfe an die Hand, die ihm eine schnelle Sicherung (und dabei möglicherweise ausnahmsweise auch einstweilige Befriedigung) seiner behaupteten Rechtsstellung

<sup>1217</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 349 ff.; *M. Herberger*, Menschenwürde in der Zwangsvollstreckung, 2022, S. 45 ff.; zudem *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 474; *Böttcher*, ZZZ 85 (1972), 1, 5 f.; *MüKo-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 1 ff.; *BeckOK-ZPO/Uhl*, § 811 Rn. 1 ff.

<sup>1218</sup> *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 477 f.

<sup>1219</sup> Mit diesem Vergleich schon *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 477 f.

<sup>1220</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 349 ff.

<sup>1221</sup> *Scherf*, Vollstreckungsverträge, 1971, S. 73.

<sup>1222</sup> *Böttcher*, ZZZ 85 (1972), 1, 5.

<sup>1223</sup> S. zum Verhältnis des einstweiligen Rechtsschutzes zum materiellen Recht *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 17 ff.; *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 139 ff.; *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, *passim*; *Piehler*, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, 1980, *passim*.

auf Basis einer summarischen Rechtserkenntnis ermöglichen.<sup>1224</sup> Auf der anderen Seite steht die Rechtsstellung des Schuldners, der möglicherweise gar keiner ist, und sein Interesse daran, dass seine Rechtsstellung und sein Vermögen nicht infolge einer „vorschnellen“ (unrichtigen) Anordnung beeinträchtigt werden. Mit dem einstweiligen Rechtsschutz hat der Gesetzgeber das Risiko einer unrichtigen einstweiligen Einwirkung – insbesondere infolge der bloß glaubhaft zu machenden Anspruchsvoraussetzungen und der Gründe für die einstweilige Anordnung (§§ 920 Abs. 2; 936 ZPO) zu einem weiten Stück dem potenziellen Schuldner aufgebürdet. Das widerstreitende Interesse des Schuldners, nicht von einer unrichtigen Anordnung beeinträchtigt zu werden, wird hingegen mit „materiellrechtlichen“ Mitteln teilweise (nämlich nur in wirtschaftlicher Dimension) geschützt, indem der Gläubiger nach § 945 ZPO hinsichtlich der Vollziehung der einstweiligen Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung unterworfen wird. Der Zweck des § 945 ZPO ist also trotz des „materiellrechtlichen“ Konstrukts auf den Prozess bezogen: Die Norm ist die ausgleichende Kehrseite für die im Vergleich zum regulären Erkenntnisverfahren einfachere Zugriffsmöglichkeit auf die Rechtsstellung des Schuldners.<sup>1225</sup>

Schon diese wenigen Beispiele reflektieren das, was *Henckel* mit seiner akribischen induktiven Analyse allgemein festgestellt hat: Dass sich das Prozessrecht vom materiellen Recht „weder durch die Eigenart des Tatbestands noch durch die Struktur der unmittelbaren Rechtsfolgen“<sup>1226</sup> trennen lässt.<sup>1227</sup> Die Rechtsfolge in Relation zum Tatbestand ist nun aber allein das, worin sich die mit einer Regelung zu verwirklichende Wertungsentscheidung manifestiert. Folglich ermöglicht die Einordnung einer Regelung als prozess- oder materiellrechtlich keine Implikation im Sinne eines [wenn prozessrechtlich/materiellrechtlich], dann [folgt daraus Wertung XYZ]. Die Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht ist damit weder obsolet noch die Existenz von für die jeweilige Materie charakteristischen Wertungen angezweifelt.<sup>1228</sup> Die Trennung trägt zur Systembildung bei und hat etwa im Kollisionsrecht eine entscheidende Funktion.<sup>1229</sup> Gewonnen ist jedoch die Erkenntnis, dass Prozessrecht und materielles Recht nicht nach ihrem *wertenden Inhalt* getrennt werden können.<sup>1230</sup>

<sup>1224</sup> S. nur Musielak/Voit/J.-D. Braun, § 916 Rn. 1; MüKo-ZPO/Drescher, Vorbemerkung zu § 916 Rn. 1 f.; Wieczorek/Schütze/Thümmel, Vor § 916 Rn. 1 ff.

<sup>1225</sup> S. zu diesem Zusammenhang Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 99; zudem Musielak/Voit/J.-D. Braun, § 945 Rn. 1; MüKo-ZPO/Drescher, § 945 Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 945 Rn. 1.

<sup>1226</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 19.

<sup>1227</sup> Zustimmung *Arens*, AcP 173 (1973), 250, 252 f.; in andere Richtung aber *Picker*, FS Flume Bd. I, 1978, S. 649, 654 ff.

<sup>1228</sup> Dies wird auch von den vorgenannten Autoren nicht anders verstanden, s. nur *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 41 ff., 349 ff.; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976, S. 48; *Arens*, AcP 173 (1973), 250, 255 ff.; *R. Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, 1925, S. 1 ff.

<sup>1229</sup> S. zur Qualifikationsaufgabe im Kollisionsrecht im Hinblick auf die Streitverkündung im Schiedsverfahren noch eingehend unten § 7 (S. 315 ff.).

<sup>1230</sup> *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 482; in die Richtung bereits *R. Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, 1925, S. 9 f. Explizit *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 25:

Was damit von der Trennung bleibt, ist eine Untergliederung der Rechtsnormen nach ihrer *Funktion*.<sup>1231</sup> *Henckel* konkretisiert die funktionale Trennung mit der Regelung verschiedener Lebensbereiche<sup>1232</sup> und hat damit breite Zustimmung erfahren:<sup>1233</sup> „Das Prozeßrecht ist der Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans begegnen.“<sup>1234</sup> Irrelevant ist bei einer funktionalen Trennung hingegen, ob sich die Regelung prozessrechtlicher oder materiellrechtlicher *Mittel* (Tatbestand und/oder unmittelbare Rechtsfolge) bedient.

*b) Konsequenz: Differenzierung zwischen einem materiellrechtlichen Charakter und einer Konstruktion mit Mitteln des materiellen Rechts*

Die vorstehenden Gedanken verdeutlichen, dass die eingangs aufgeworfene Frage nach der Legitimität einer *materiellrechtlichen* Konstruktion der Streitverkündungswirkung schief gestellt ist: Der prozessrechtliche oder materiellrechtliche Charakter der Streitverkündung hängt nicht davon ab, ob die Streitverkündungswirkung mit prozessrechtlichen oder materiellrechtlichen *Mitteln* konstruiert wird, sondern *richtet sich nach der Funktion des Instruments*.<sup>1235</sup>

Zutreffend gestellt ist demnach die Frage: Ist es legitim, eine mit Mitteln des Prozessrechts konstruierte Regelung rechtsfortbildend durch eine Konstruktion mit materiellrechtlichen Mitteln zu ersetzen? Die obigen Gedanken zeigen, dass dies unzweifelhaft der Fall ist, *wenn* dadurch die im Wege der Rechtsfortbildung um-

---

„Die Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht trennt nicht die Wertungen, die beiden Rechtsbereichen zugrunde liegen.“

<sup>1231</sup> S. etwa *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 23 Fn. 43 mit Verweis auf *Baur*, Tübinger Ringvorlesung, 1963, S. 97, 106; *Schaper*, Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, 1985, S. 93 ff.; in der Sache wohl auch *Stein/Althammer*, Einleitung Rn. 32; *Stein/Jonas/Brehm*, Vor § 1 Rn. 31; a. A. *Häsemeyer*, ZJP 188 (1988), 140, 141 („qualitativer“ Unterschied).

<sup>1232</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 19 ff.

<sup>1233</sup> *Arens*, AcP 173 (1973), 250, 253 (wenn auch kritisch zur Greifbarkeit des Kriteriums der Abgrenzung); *J. Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 1; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976, S. 50; *I. Meier*, Iura novit curia, 1975, S. 9; *R. Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, 1925, S. 6 f.; ablehnend *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 27. In kollisionsrechtlichem Kontext befürwortend *Brinkmann*, ZJP 129 (2016), 461, 474; *I. Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 5; kritisch aber *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 28 („für die Lösung von Einzelfragen wenig geeignet“).

<sup>1234</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 24 f.

<sup>1235</sup> Diese Erkenntnis wird im Rahmen der späteren Untersuchung zur kollisionsrechtlichen Qualifikation der Streitverkündung und ihrer Wirkung aufzugreifen sein. S. dazu unten § 7 (S. 315 ff.).

zusätzliche Wertungsentscheidung abgebildet werden kann. Die jeweilige „materiellrechtliche“ Konstruktion kann sich hierbei beschränkend auswirken – jedoch nicht wegen ihrer „materiellrechtlichen Natur“, sondern aufgrund der aus ihrer Dogmatik folgenden Grenzen, die im Rahmen der Rechtsfortbildung nach allgemeinen Grundsätzen zu beachten sind.

## 2. Anekdotisch: Ein Blick auf „materiellrechtliche“ Konstruktionen der Streitverkündungswirkung

Der Ansatz, eine Streitverkündungswirkung mit Mitteln des materiellen Rechts zu konstruieren, ist im Übrigen sowohl historisch als auch rechtsvergleichend betrachtet keineswegs neu:

### a) Die „materiellrechtlichen“ Wurzeln der Streitverkündung im deutschen Recht

Das Streitverkündungsrecht der §§ 72 ff. ZPO selbst findet seine historischen Wurzeln im materiellen Recht. Noch zur Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Streitverkündungswirkung nach den Lehren des Gemeinen Rechts – im Anschluss an ihre Ursprünge im römischen Recht – als Folge aus dem materiellrechtlichen Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten angesehen, das dem jeweiligen Regress- bzw. Schadloshaltungsanspruch zugrunde liegt:<sup>1236</sup> Die Streitverkündungswirkung, die in der Rechtswissenschaft zu dieser Zeit freilich nur ungenau behandelt wurde,<sup>1237</sup> bestand wohl darin, dass die Richtigkeit der primärgerichtlichen Feststellungen *vermutet* wird.<sup>1238</sup> Der Dritte konnte dieser Vermutung mit dem Nachweis entgegentreten, dass der Primärprozess durch ein Verschulden (eine *culpa*) der Hauptpartei verloren wurde.<sup>1239</sup>

Dieses Verständnis hat Eingang in die Vorarbeiten<sup>1240</sup> zur CPO von 1879 gefunden. Im Hannoverschen Entwurf wurde die Streitverkündung noch explizit nach den Lehren zur *culpa* behandelt und infolgedessen auf eine Normierung der Streitverkündungswirkung verzichtet: Es sei „eine rein zivilrechtliche Frage [...], wann die Streitverkündung erfolgen müsse und welche Wirkungen und Folgen sie ha-

---

<sup>1236</sup> Eingehend *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 102 ff. mit S. 9 ff.; zudem *Osterloh*, Gemeines Recht, 1856, S. 538 f.

<sup>1237</sup> Mit dieser Feststellung *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 94 mit Verweis darauf, dass teilweise nur von einem „gelten lassen müssen“ (*Maxen*, ZCP 21 (1864), 365, 401) bzw. „anerkennen müssen“ (*Fuchs*, Litisdenuktion, 1855, S. 98) der Urteilerkenntnis die Rede war.

<sup>1238</sup> Dies wird deutlich bei *Dernburg*, ZCP 2 (1846), 1, 12.

<sup>1239</sup> *Dernburg*, ZCP 2 (1846), 1, 7 f.; *Osterloh*, Gemeines Recht, 1856, S. 538 f.; anschaulich zudem Hannoversche Protokolle, S. 811.

<sup>1240</sup> Mit einer guten Zusammenfassung des Ablaufs der Vorarbeiten *Hellwig*, CPR Bd. 1, 1903, S. 16 f. (abrufbar unter <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb11169834>).



be.“<sup>1241</sup> Der zeitgleich ausgearbeitete, als Gegenentwurf verstandene Preußische Entwurf normierte in §§ 724, 734 zwar eine Streitverkündungs- und Interventionswirkung. Jedoch wurde dadurch das Verständnis von einer materiellrechtlichen Grundlegung der Streitverkündung ausweislich der Motive nicht aufgegeben, denn nach diesen fällt eine Streitverkündung lediglich „nicht ausschließlich in das Gebiet des materiellen Rechts; sie hat auch eine prozeßrechtliche Seite, indem das Prozeßrecht zu bestimmen hat, wie die materiellen Rechtssätze ihre praktische Verwirklichung finden und welche Besonderheiten des Verfahrens bei einem anhängigen Rechtsstreit sich an sie knüpfen.“<sup>1242</sup> Auch in den Protokollen zum Norddeutschen Entwurf, der auf Basis der beiden vorgenannten Entwürfe ausgearbeitet wurde und auf dem der finale Entwurf der Reichstagskommission von 1874 in Betreff der Drittbeteiligungsinstrumente weitgehend unverändert beruht,<sup>1243</sup> ist nichts dafür ersichtlich, dass von diesem Verständnis wieder abgerückt werden sollte. Im Gegenteil erklärt noch die Begründung des Gesetz gewordenen Entwurfs der Reichstagskommission zu § 65 CPO (entspricht § 68 ZPO): „Der Entwurf hat [...] über den Bereich des Prozeßrechts hinausgegriffen, um für diese wichtigen und vielfach bestrittenen Rechtsfragen die Rechtseinheit zu begründen.“<sup>1244</sup>

Der Einwand von *Wieser* und *Ziegert*, diese Passage sei als Verweis auf das damals vorherrschende Verständnis zur materiellrechtlichen Rechtskraftwirkung zu verstehen und stütze das Verständnis einer materiellrechtlichen Verankerung der Streitverkündungs- und Interventionswirkung daher nicht,<sup>1245</sup> ist angesichts der aufgezeigten geschichtlichen Entwicklung zu verwerfen.<sup>1246</sup> Im Übrigen haben die Schöpfer der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO die Bindungswirkung in den Vorarbeiten explizit mehrfach von der Rechtskraftwirkung abgegrenzt; zuletzt im Norddeutschen Entwurf anlässlich der Annahme der Bindungswirkung mit ihrem heutigen Inhalt, „um außer Zweifel zu stellen, daß dieser Paragraph nicht eine Bestimmung über die Rechtskraft enthalte [...]“<sup>1247</sup>.

Die Streitverkündungswirkung erscheint vor diesem Hintergrund als eine materiellrechtlich – im Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten – fundierte Urteilswirkung,<sup>1248</sup> deren Funktion sich schon damals auf den Sekundärprozess bezog und deren prozessrechtliche Kodifikation in §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO nicht zuletzt eine Konsequenz aus der zu diesem Zeitpunkt allein für das Prozessrecht bestehenden Gesetzgebungskompetenz ist.

<sup>1241</sup> Hannoversche Protokolle, S. 809. S. dazu näher *Schäfer*, Nebenintervention und Streitverkündung, 1990, S. 102 ff.

<sup>1242</sup> Motive zum Preußischen Entwurf, S. 187.

<sup>1243</sup> S. dazu das Vorwort zur Begründung des Entwurfs der Reichstagskommission von 1874, S. 3 unter 3) = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 111 sowie *Endemann*, CPR, 1878, S. 28.

<sup>1244</sup> Motive, S. 88 = *Hahn*, Materialien II/1, 1880, S. 178.

<sup>1245</sup> *Wieser*, ZZZ 79 (1966), 246, 284; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 16.

<sup>1246</sup> Wie hier *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 7.

<sup>1247</sup> Norddeutsche Protokolle, S. 164.

<sup>1248</sup> *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 8; *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 233 mit Fn. 18.

### b) Ein rechtsvergleichender Blick

Anderen Rechtsordnungen ist eine materiellrechtliche Konstruktion der Streitverkündungswirkung ebenfalls nicht fremd:

#### aa) Schweiz

Im schweizerischen Recht wird die Streitverkündungswirkung noch heute, trotz ihrer Kodifikation in Art. 80 i. V. m. 77 chZPO, überwiegend als Haftung für eine materiellrechtliche Pflicht verstanden. Dies ist historisch gewachsen: Bis zum Inkrafttreten der chZPO am 1. Januar 2011 wurden zwar die auf den Prozess bezogenen Modalitäten der Streitverkündung in den einzelnen kantonalen Prozessordnungen geregelt (bei denen mit Entstehung des schweizerischen Bundesstaats im Jahr 1848 die Kompetenz zur Regelung des Zivilprozessrechts verblieb<sup>1249</sup>).<sup>1250</sup> Die Streitverkündungswirkung wurde jedoch kantonsübergreifend behandelt,<sup>1251</sup> da sie als Ausfluss von Treu und Glauben im Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten wurzelnd angesehen wurde.<sup>1252</sup> Anschaulich ist die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess („BZPO“) vom 4. Dezember 1947:

„Die Wirkungen der Streitverkündung im Verhältnis zwischen dem Verkünder und dem Empfänger gehören dem materiellen Recht an, und zwar nicht nur in den Fällen, wo das materielle Gesetz sie ausdrücklich vorsieht – z. B. Art. 193 und 258 OR –, sondern in allen Fällen der Gewährleistung oder Schadloshaltung, da sie ein Ausfluss des Handelns nach Treu und Glauben im Vertragsverhältnis sind. Das Prozessrecht hat einzig die verfahrensrechtlichen Folgen der Streitanzeige und die Form der prozessualen Anzeige zu ordnen.“<sup>1253</sup>

Der Ursprung der Streitverkündungswirkung findet sich demnach in Art. 193 OR,<sup>1254</sup> der die Streitverkündung ausdrücklich geregelt hat, und flankierend in vereinzelten weiteren Vorschriften des OR sowie des ZGB, in denen auf Art. 193 OR verwiesen wurde.<sup>1255</sup>

Art. 193 Abs. 2 OR in der Fassung bis zum 1. Januar 2011 lautete:

„<sup>1</sup>Wird von einem Dritten ein Recht geltend gemacht, das den Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet, so hat dieser auf ergangene Streitverkündung je nach den Umständen und den Vorschriften der Prozessordnung dem Käufer im Prozesse beizustehen oder ihn zu vertreten.

<sup>1249</sup> Sutter-Somm, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 28.

<sup>1250</sup> S. die Übersicht bei Guldener, ZSR 68 (1949), 235 in Fn. 1 sowie zum Stand vor Inkrafttreten der chZPO die Botschaft chZPO BBl 2006 7221, S. 7283.

<sup>1251</sup> Guldener, ZSR 68 (1949), 235 ff.

<sup>1252</sup> BGE 90 II 404, 408; BGE 120 III 143 ff.; Guldener, ZSR 68 (1949), 235; Guldener, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 1958, S. 283; Takei, Streitverkündung, 2005, S. 30 ff.; Takei, ZZZ 2005, 161, 162.

<sup>1253</sup> Botschaft BZPO BBl 1947 989, S. 1005.

<sup>1254</sup> Vgl. Botschaft chZPO BBl 2006 7221, S. 7283 Fn. 106: „Ursprung ist Art. 193 OR“.

<sup>1255</sup> S. die Übersichten bei BaslerKo-chZPO/Graber, Art. 77 Rn. 8; Guldener, ZSR 68 (1949), 235, 237.

<sup>2</sup>Ist die Streitverkündung rechtzeitig erfolgt, so wirkt ein ungünstiges Ergebnis des Prozesses auch gegen den Verkäufer, sofern er nicht beweist, dass es durch böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit des Käufers verschuldet worden sei. [...]“

Die Streitverkündungswirkung wurde so in Anknüpfung an Art. 193 Abs. 1 OR als Haftung für eine der Streitverkündung folgende und aus Treu und Glauben abgeleitete Pflicht des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei verstanden.<sup>1256</sup> Die Haftung war jedoch auf die Streitverkündungswirkung beschränkt; die Hauptpartei konnte die Pflicht weder im Wege eines (einklagbaren) Anspruchs durchsetzen noch Schadensersatz bei unterlassender Unterstützung verlangen.<sup>1257</sup> Teilweise wurde deswegen nur von einer Obliegenheit des Dritten gesprochen.<sup>1258</sup> Aus diesen Grundlagen hat die schweizerische Rechtswissenschaft und das Bundesgericht im Jahr 1964 eine Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Unterstützungs-pflicht hergeleitet, die in allen Fällen besteht, in denen der Dritte mit der Hauptpartei in irgendeiner Weise rechtsgeschäftlich verbunden ist.<sup>1259</sup>

Man könnte meinen, die materiellrechtliche Grundlegung der Streitverkündungswirkung sei durch ihre Kodifikation in Art. 80, 77 chZPO aufgegeben worden.<sup>1260</sup> Jedoch gehen die herrschende Auffassung in der Literatur und wohl auch der kodifizierende Gesetzgeber weiter von ihrer materiellrechtlichen Grundlegung aus. So heisst es in der Botschaft zur chZPO: „Bei dieser klassischen Streitverkündung handelt es sich hinsichtlich ihrer Wirkung um ein Institut vornehmlich des materiellen Rechts.“<sup>1261</sup> Nach überwiegender Ansicht tritt die Streitverkündungswirkung daher – auch wenn in Art. 80 chZPO allgemein angeordnet – noch immer nur dann ein, wenn und weil der Dritte nach Treu und Glauben verpflichtet war, die Hauptpartei zu unterstützen.<sup>1262</sup>

<sup>1256</sup> BGE 90 II 404, 408; BGE 100 II 24, 29; *Guldener*, ZSR 68 (1949), 235, 236; *Guldener*, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 1958, S. 284.

<sup>1257</sup> *Guldener*, ZSR 68 (1949), 235, 236 Fn. 5; *Guldener*, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 1958, S. 284.

<sup>1258</sup> *Sutter-Somm*, ZPR Schweiz, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 268; ähnlich *Guldener*, ZSR 68 (1949), 235, 236 Fn. 5: Keine „Rechtspflicht“, sondern „Last“. S. dazu, dass die Streitverkündungswirkung hier jedoch als mittelbare Einlassungspflicht eingeordnet wird, oben § 41.2. (S. 139 f.) in Fn. 568.

<sup>1259</sup> BGE 90 II 404, 408: „Nach dieser Auffassung besteht ein allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz, dass ein gegen den Streitverkünder ergangenes ungünstiges Urteil dann auch gegen den Streitberufenen wirkt, wenn dieser auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet war, die Hauptpartei im Prozess zu unterstützen [...]“; zudem BGE 100 II 24 ff.; BGE 120 III 143 ff.; *BaslerKo-chZPO/Graber*, Art. 77 Rn. 8; *Guldener*, ZSR 68 (1949), 235, 237 f.; *Guldener*, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 1958, S. 284; *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 39; *Takei*, ZZZ 2005, 161, 162.

<sup>1260</sup> Dies wird daraus zum Teil auch gefolgert, vgl. *BaslerKo-chZPO/Frei*, Art. 79 Rn. 19; *DikeKo-chZPO/Göksu*, Art. 80 Rn. 2 mit Fn. 3; *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/E. Staehelin/Schweizer*, Art. 77 Rn. 3.

<sup>1261</sup> Botschaft chZPO BBl 2006 7221, S. 7282.

<sup>1262</sup> *Baumgartner/Dolge/Markus u. a.*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, § 21 Rn. 92; *BaslerKo-chZPO/Graber*, Art. 77 Rn. 10 f.; *Spühler/Dolge/Gehri*, Schweizeri-

## bb) Österreich

Im österreichischen Recht wurde die Streitverkündungswirkung, die in § 21 öZPO nicht geregelt, sondern nur erwähnt wird, zunächst ebenfalls als eine den §§ 931 ABGB; 3 Abs. 4, 4 Abs. 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz („DHG“) im Wege der Gesamtanalogie entnommene materiellrechtliche Pflicht des Dritten verstanden, die Hauptpartei im Primärprozess zu unterstützen.<sup>1263</sup> Nachdem allerdings die in den 1990er Jahren gewachsene sog. prozessuale Lehre unter Anschluss einiger Senate des Obersten Gerichtshofs eine Streitverkündungs- und Interventionswirkung generell ablehnte,<sup>1264</sup> hatte der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 2123/96d SZ 70/60 als verstärkter Senat darüber zu entscheiden. Er statuierte eine Bindungswirkung nach Gestalt des § 68 Hs. 1 ZPO:

„Die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils erstrecken sich soweit auf den einfachen Nebenintervenienten und denjenigen, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligte, als diese Personen als Parteien eines als Regreßprozeß geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses in Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind sie daher an die ihre Rechtsposition belastenden Tatsachenfeststellungen im Urteil des Vorprozesses gebunden, sofern ihnen in jenem Verfahren soweit unbeschränktes rechtliches Gehör zustand. Das gilt jedoch nicht auch für denjenigen, der sich am Vorprozeß nicht beteiligte, dem aber auch gar nicht der Streit verkündet worden war.“<sup>1265</sup>

Jedoch stützte der Oberste Gerichtshof dies nicht mehr auf eine Gesamtanalogie zu den §§ 931 ABGB; 3 Abs. 4, 4 Abs. 4 DHG, sondern auf eine etwas weit hergeholt anmutende „systematisch-logische[n], historische[n], objektiv-teleologische[n] und rechtsvergleichende[n] Auslegung“<sup>1266</sup>. Da Art. V Prot. I LugÜ 1996 (entspricht Anhang IX LugÜ 2007) davon ausgehe, dass aus § 21 öZPO eine

---

sches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, § 21 Rn. 90 ff.; *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 39; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Takei*, Art. 80 Rn. 6; BernerKo-chZPO/Zuber/Gross, Art. 80 Rn. 7.

<sup>1263</sup> S. statt vieler OGH 1 Ob 630/51 SZ 24/266; OGH 1 Ob 668/57 SZ 31/77; OGH 3 Ob 251/53 SZ 26/130; OGH 3 Ob 511/94; Klang-Kommentar IV/1/*Gschnitzer*, § 931 S. 529; zudem Rummel/Lukas-ABGB/*Reischauer*, § 931 Rn. 9; *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57, 61.

<sup>1264</sup> S. etwa OGH 7 Ob 655/92; OGH 2 Ob 523/92; *Deixler-Hübner*, Nebenintervention, 1993, S. 165 ff.; tendenziell auch *Jelinek*, FS Schwarz, 1991, S. 511, 523 f.; *Fasching*, ZPR Österreich, 2. Aufl. 1990, Rn. 404, 415; *Klicka*, öJBI 1997, 611 f.; *Klicka*, RZ 1990, 2, 4 ff.; *Klicka*, ecolex 1995, 397 ff.; *Oberhammer*, JAP 1996/1997, 26, 29; *Oberhammer*, öJBI 1995, 459, 460; *Oberhammer*, Auftragsverfahren, 1992, S. 178; *Pollak*, ZPR Österreich, 2. Aufl. 1932, S. 129; *Trenker*, ÖJZ 2015, 103, 105 f.

<sup>1265</sup> OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60, S. 74.

<sup>1266</sup> OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60, S. 70. Die Begründung wird in der Literatur vielfach kritisiert, s. etwa *Klicka*, öJBI 1997, 611 f.; *Rechberger/Simotta*, ZPR Österreich, 9. Aufl. 2017, Rn. 358; *Trenker*, ÖJZ 2015, 103, 105 f.; zurückhaltender *Fasching/Konecny-öZPO/Schneider*, § 21 Rn. 21 („erstaunlich“); *Oberhammer*, ecolex 1997, 422, 423 („keineswegs zwingend“).

Streitverkündungswirkung folge und der österreichische Gesetzgeber das LugÜ in nationales Recht transformiert habe, habe er dadurch eine Streitverkündungswirkung in die österreichische Rechtsordnung inkorporiert.<sup>1267</sup> Die materiellrechtliche Grundlegung der Streitverkündungswirkung wurde mit der Grundsatzentscheidung des Obersten Gerichtshofs somit aufgegeben; in der Rechtsprechung und Literatur wird darauf aufgebaut.<sup>1268</sup>

## II. Vorüberlegungen: Freistellung von Prozessrisiken kraft vertraglicher oder gesetzlicher Risikoverlagerung

Nach dieser Grundlegung ist nach einem materiellrechtlichen Fundament zu suchen, das sich ggf. für eine rechtsfortbildende Erschaffung der arbitralen Streitverkündungswirkung in der in § 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.) entwickelten Gestalt eignet. Insoweit ist zunächst zu beobachten, dass das materielle Recht bereits unabhängig von einer Streitverkündung in bestimmten Fällen dazu dient, von Prozessrisiken freizustellen:

### 1. Übernahme des Prozessrisikos kraft Freistellungsvereinbarung

Manche Regressschuldverhältnisse sind spezifisch darauf ausgerichtet, eine Person umfassend von der Inanspruchnahme durch eine andere Person oder der Nichtrealisierbarkeit eines behaupteten eigenen Anspruchs freizustellen.<sup>1269</sup>

Charakteristisch hierfür sind Versicherungs- oder Garantieverträge. Beispielsweise ist in Unternehmenskaufverträgen (wenn das Risiko im Rahmen der *Due Diligence* erkannt wurde) üblich, dass sich der Verkäufer im Rahmen sog. *Warranties* und *Indemnities* dazu verpflichtet, den Käufer von einer möglichen Inanspruchnahme des Unternehmens durch einen potenziellen Gläubiger freizustellen.<sup>1270</sup> Schwebt andersherum zur Zeit des Verkaufs ein Rechtsstreit, in dem das Unternehmen eine behauptete Forderung einklagt, garantiert der Verkäufer ggf. den Bestand und die Werthaltigkeit der Forderung.

Hat sich der Dritte zu einer solchen Freistellung verpflichtet, übernimmt er dadurch in der Regel auch das Feststellungsrisiko in dem Prozess, in dem die be-

<sup>1267</sup> So OGH 1 Ob 2123/96d SZ 70/60, S. 62 ff., insbesondere unter Rekurs auf den Bericht von *Jenard/Möller* (diesen dort wohl versehentlich als „*Schlusser-Bericht*“ bezeichnend), abgedruckt bei *Lechner/Mayer*, LGVÜ, 1996, S. 182 (abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/2e7535fd-7882-4a08-b7b1-29e244ccfdea/language-de>).

<sup>1268</sup> S. statt vieler die Bezugnahmen von OGH 1 Ob 242/97p SZ 70/200; OGH 6 Ob 324/97h; OGH 1 Ob 256/98y; zudem *Schneider*, JAP 2013/2014, 166; *Trenker*, ÖJZ 2015, 103, 106.

<sup>1269</sup> S. dazu im Kontext der Streitverkündung *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 14; *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 232.

<sup>1270</sup> *Hilgard*, BB 2016, 1218 ff.; *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659; Hölter-Handbuch Unternehmenskauf/*Weber*, Rn. 9.282 ff.; BeckOGK-BGB/R. *Wilhelmi*, § 453 Rn. 785 f.

günstige Partei in Anspruch genommen wird oder die behauptete Forderung ein-  
klagt. Denn die Freistellungsvereinbarung wird in der Regel so auszulegen sein,  
dass sie nicht an die „objektive“ Rechtslage anknüpft, sondern an die tatsächliche  
Belastung durch den negativen Prozessausgang.<sup>1271</sup>

Beim Unternehmenskauf greift die Pflicht des Verkäufers, den Käufer von der Inanspruch-  
nahme durch Gläubiger freizustellen, also regelmäßig auch dann, wenn das Unternehmen  
objektiv zu Unrecht, aber erfolgreich klageweise in Anspruch genommen wird.<sup>1272</sup> Gleiches  
gilt für die Einstandspflicht des Haftpflichtversicherers, wenn der Versicherungsnehmer zu  
Unrecht wegen eines Haftpflichtfalls in Anspruch genommen wird.<sup>1273</sup>

Infolge der Risikoübernahme ist der Dritte an die Beurteilung durch das Gericht  
im Primärprozess „gebunden“, wobei eine vorausgehende Streitverkündung hierfür  
jedoch – außer vereinbart – nicht erforderlich und die „Bindung“ auch nicht tech-  
nisch zu verstehen ist: Wendet der Dritte ein, dass bspw. der gegen das in Anspruch  
genommene Unternehmen titulierte Anspruch „in Wirklichkeit“ gar nicht bestehe,  
ist dieser Vortrag aufgrund der Freistellungspflicht schlicht unerheblich. Ist der  
Primärprozess ein Schiedsverfahren, kann der Dritte nach Auslegung der Freistel-  
lungsvereinbarung ebenfalls zur Freistellung verpflichtet sein. Bspw. sprechen sich  
zur Haftpflichtversicherung die wohl überwiegenden Stimmen dafür aus, dass die  
Freistellungspflicht *in der Regel* (im Sinne einer Auslegungsregel) nicht entfällt,  
wenn der Haftungsprozess ohne Zustimmung des Versicherers als Schiedsverfahren  
geführt wird.<sup>1274</sup>

## 2. Freistellung aus dem Regresstatbestand bei Schadens- oder Aufwendungsersatzpflicht

Gesetzlich kann einem Dritten das Prozessrisiko infolge eines Schadens- oder  
Aufwendungsersatzanspruchs zugewiesen sein. Denn wird die geschädigte Partei  
wegen des zur Ersatzpflicht führenden Umstands klageweise in Anspruch genom-  
men, ist der Prozess sowie das aus diesem resultierende negative Urteil in der Regel  
eine adäquate (haftungsausfüllend auf der Pflichtverletzung beruhende) Folge aus

---

<sup>1271</sup> Riehm, ZJP 134 (2021), 3, 14; K.J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228, 230.

<sup>1272</sup> BGH NJW-RR 2011, 479, 479 f.; BGHZ 152, 246, 255; BGH NJW 1970, 1594, 1595;  
BeckOGK-BGB/R. *Wilhelmi*, § 453 Rn. 786; zweifelnd aber *Schütt*, NJW 2016, 980, 984.

<sup>1273</sup> BGH VersR 2003, 635, 636 (sogar bei Versäumnisurteil); OLG Karlsruhe, VersR  
2010, 940; OLG Celle, VersR 2009, 1257, 1259; *Armbrüster*, r + s 2010, 441, 445 f.; Wie-  
czorek/Schütze/*Mansel*, § 68 Rn. 10 mit Fn. 45; zweifelnd aber *Muthorst*, AcP 209 (2009),  
212, 221 f.

<sup>1274</sup> *Foerster*, ZVersWiss 103 (2014), 351, 360 f.; *Koch*, SchiedsVZ 2007, 281, 290;  
MüKo-VVG/*Littbarski*, § 106 Rn. 19; *Tehrani*, VersR 2018, 1166, 1167; a. A. Langheid/Rix-  
ecker-VVG/*Langheid*, § 100 Rn. 36; zurückhaltend auch *Schäfer/Schäfer*, FS Triebel, 2021,  
S. 265, 285 ff.; Höra/Schubach/*Sassenbach/Riechert*, § 18 Rn. 16 (Bindung nur, wenn  
Schiedsverfahren mit dem Versicherer abgestimmt). S. zum Streitstand zudem *Werner*, NZG  
2023, 458, 460 ff.

dem schädigenden Ereignis, von der nach dem Grundsatz der Totalreparation grundsätzlich unabhängig davon freizustellen ist, ob das Urteil unrichtig ergangen ist.<sup>1275</sup> Für einen Aufwendungsersatzanspruch – etwa nach §§ 445a Abs. 1, 3; 536a Abs. 2; 637 Abs. 1 BGB – gilt dies ebenso: Aufwendung sind stets als „erforderlich“ anzusehen, wenn sie infolge einer rechtskräftigen aber möglicherweise unrichtigen Verurteilung getätigt werden.<sup>1276</sup>

Die Ersatzpflicht besteht in aller Regel gleichermaßen, wenn sich der Schaden bzw. die Aufwendung in einem Schiedsverfahren realisiert: Zwar erhöht die geschädigte Partei durch Wahl des Schiedsverfahrens insbesondere aufgrund der nach § 1059 ZPO beschränkten Nachprüfbarkeit das Risiko einer unrichtigen Entscheidung.<sup>1277</sup> Dieses „Schiedsrisiko“<sup>1278</sup> ist dem Dritten jedoch aufzubürden.<sup>1279</sup> Denn es ist stets zu erwarten, dass sich der Geschädigte einem Schiedsverfahren als *gesetzlich vorgesehener Alternative* zur staatlichen Gerichtsbarkeit unterwirft. Das „Schiedsrisiko“ ist somit eine adäquate Schadensanfälligkeit, die die Ersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen unberührt lässt.

Muss der Dritte die geschädigte Hauptpartei von den negativen Feststellungen im Primärprozess freistellen, ist er, da abweichender Vortrag infolgedessen unerheblich ist, ebenfalls faktisch an die Feststellungen im Primärprozess „gebunden“.<sup>1280</sup> Die faktische Bindungswirkung erstreckt sich allerdings lediglich auf die *rechtsfolgeseitigen* Merkmale der Schadens- bzw. Aufwendungsersatzpflicht.<sup>1281</sup> Denn die faktische Bindungswirkung ist gerade die *Rechtsfolge* des jeweiligen Haftungstatbestands. Das Gericht des Sekundärprozesses darf die Bindungswirkung daher „erst“ annehmen, wenn es die Schadens- oder Aufwendungsersatzpflicht dem Grunde nach umfassend – inklusive eventuell nötiger Beweisaufnahme – geprüft und positiv festgestellt hat.<sup>1282</sup> Der Tatbestand der Haftung ist also gerade Voraussetzung der Bindungswirkung und damit von ihr naturgemäß nicht erfasst. Entgegen *K.-P. Martens* kann die Streitverkündungs- und Interventionswirkung des § 68 Hs. 1 ZPO daher auch nicht als bloße prozessuale Abbildung der materiellrechtlichen Haftungs- und Regresstatbestände verstanden werden,<sup>1283</sup> sondern verlagert das Prozessrisiko weit über diese hinaus.<sup>1284</sup>

<sup>1275</sup> Deziert *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 15; zudem Staudinger-BGB/Höpfner, § 249 Rn. 73; *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 80 f.; *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 231.

<sup>1276</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 16; BeckOK-BGB/Faust, § 445a Rn. 20.

<sup>1277</sup> S. dazu oben § 4 III. (S. 167 ff.).

<sup>1278</sup> Begriff nach *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 11.

<sup>1279</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 15; *K.J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 232; im Ergebnis auch RGZ 55, 14, 17 (bezogen auf das badische Landrecht).

<sup>1280</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 15.

<sup>1281</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 15 f.

<sup>1282</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 15.

<sup>1283</sup> *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 80 f. übersieht scheinbar die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge der Haftungsnorm. Ähnlich



Wird die M-GmbH im Fallbeispiel<sup>1285</sup> zur Lieferung von ggf. mangelhaften (da keinen hinreichenden Rostschutz aufweisenden) CNC Dreh- und Frästeilen von ihrem Kunden in einem Schiedsverfahren erfolgreich auf Ersatz eines Gewinnausfallschadens i.H.v. 4.000.000 € in Anspruch genommen, hat das Gericht im Regressprozess den Sublieferanten der M-GmbH bei dem Grunde nach festgestellter Ersatzpflicht auch dann zum Ersatz der 4.000.000 € zu verurteilen, wenn es den Schaden selbst nur auf 3.000.000 € beziffert. Steht im Regressprozess allerdings schon in Streit, ob die Legierung der CNC Dreh- und Frästeile mangelhaft ist, schützt der potenzielle Regressanspruch die M-GmbH insoweit nicht vor widersprüchlichen Feststellungen (das Gericht könnte somit auch zur Feststellung gelangen, dass sich die vom Kunden gewählte Rostschutzlegierung schlicht nicht für den Einsatz der Teile, bspw. in einem Offshore-Windpark, eignet).

### 3. Keine Eignung zur rechtsfortbildenden Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung

Prozessvertreter sollten die vorgenannten Fälle materiellrechtlicher Verlagerung von Prozessrisiken im Hinterkopf behalten. Die rechtsfolgeorientierte faktische Bindungswirkung infolge eines Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzanspruchs ist insbesondere dann nützlich, wenn die Haftung dem Grunde nach im Regressprozess durch Zwischenurteil bzw. -schiedsspruch vorab abgeschichtet und sodann erst über die Haftungshöhe entschieden wird<sup>1286</sup> (was die Prozessvertreter in den betreffenden Fällen anregen sollten) und „überlappt“ sich insoweit mit dem streitverkündungsbedingten Schutz. Für die rechtsfortbildende Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung sind die vorgenannten Mechanismen gleichwohl ungeeignet: Die Freistellungspflichten aus Versicherungs- oder Garantieverträgen, da sie an eine vertragliche Risikoübernahme anknüpfen. Die faktische Bindungswirkung infolge eines Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzanspruchs aufgrund ihres nur rechtsfolgeorientierten Umfangs.

---

begründet *K. J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 616 die Verlagerung des Prozessrisikos auf den Dritten damit, dass „dieser durch seine Schlechtleistung erst Anlass zum Erst- und Zweitprozess gegeben“ habe: Ob der Dritte schlecht geleistet hat, ist jedoch gerade erst der Gegenstand des Sekundärprozesses und damit Vorfrage der Bindungswirkung. Deutlich zu pauschal ist in diesem Zusammenhang daher der Ausspruch von *Werner*, NZG 2023, 458, 463, „§ 68 ZPO ist damit nichts anderes als die prozessuale Ausprägung des § 254 II 1 BGB.“ (die Formulierung von *Werner* geht auf *K. J. Wach*, FS Elsing, 2015, S. 611, 616 zurück, ist dort allerdings nur auf die mangelhafte Prozessführung bezogen).

<sup>1284</sup> Dies sehend schon *R. Bruns*, FS Schima, 1969, S. 111, 118 f.

<sup>1285</sup> Oben § 1 I. (S. 26 f.).

<sup>1286</sup> Dies ist auch im Schiedsverfahren eine gängige Verfahrensgestaltung, s. dazu etwa *Salger/Trittmann/Hanefeld/Nedden*, § 20 Rn. 9; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, § 13 Rn. 30; zur sog. *bifurcation of liability and quantum* in der internationalen Schiedspraxis *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 6.53 ff.

### III. Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei aus § 241 Abs. 2 BGB

Zu erwägen ist jedoch, ob sich der früher im österreichischen Recht und im schweizerischen Recht noch immer vorherrschende Ansatz, wonach die Streitverkündungswirkung als Haftung für eine materiellrechtliche Pflicht des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei verstanden wird,<sup>1287</sup> auch als Fundament für eine im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärte Streitverkündung eignet. Kollisionsrechtliche Fragestellungen zunächst einmal außer Acht lassend,<sup>1288</sup> soll dieser Ansatz nach deutschem materiellem Recht untersucht werden. Danach wäre eine Unterstützungspflicht des Dritten in § 241 Abs. 2 BGB zu verorten. Welchen genauen Inhalt eine solche Unterstützungspflicht hat und inwieweit die Haftung für sie eine streitverkündungsähnliche Bindungswirkung entfalten kann, hat *Riehm* bereits eingehend in ZZZ 134 (2021), 3 ff. untersucht. Hierauf sei verwiesen und an dieser Stelle nur das Wesentliche skizziert:

#### 1. Die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung der Haftung mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB (i. V. m. *nemo auditur*)

Grundlage für die Unterstützungspflicht ist ein zwischen der Hauptpartei und dem Dritten im Zeitpunkt der Streitverkündung bestehendes Schuldverhältnis.

Das ist in den Konstellationen eines Regresses und der Schadloshaltung meist kein Problem, da in diesen in der Regel unabhängig vom Bestand des Anspruchs gegen oder durch den Dritten ein Schuldverhältnis existiert (der Kaufvertrag, Werkvertrag, das vorvertragliche Schuldverhältnis etc.).<sup>1289</sup> Ist jedoch zwischen der Hauptpartei und dem Dritten schon streitig, ob ein Schuldverhältnis besteht, fehlt es im für die Annahme der Bindungswirkung relevanten Zeitpunkt – wenn das Gericht im Sekundärprozess darüber entscheidet, ob es die primärgerichtlichen Feststellungen der Entscheidung zugrunde zu legen hat oder sich insoweit selbst eine Überzeugung bilden muss – an einem Anknüpfungspunkt für den Bestand der Unterstützungspflicht. Eine Bindungswirkung ist dann insgesamt ausgeschlossen bzw. auf eine rechtsfolgenseitige Bindung beschränkt, falls ausnahmsweise zuerst über den streitgegenständlichen Anspruch dem Grunde nach (und dabei inzident über das Bestehen des Schuldverhältnisses) und sodann über dessen Umfang entschieden wird. In der Konsequenz ist eine (tatbestandsseitige) Bindungswirkung in den Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft ausgeschlossen, wenn und weil zwischen der Hauptpartei und dem Dritten schon der Bestand des Schuldverhältnisses streitig ist.<sup>1290</sup> Auf das Problem wird in anderem Zusammenhang noch näher einzugehen sein.<sup>1291</sup>

<sup>1287</sup> S. dazu oben § 6 I. 2. b) (S. 285 ff.).

<sup>1288</sup> Die kollisionsrechtliche Qualifikation der Streitverkündung und ihrer Wirkung wird noch in einem eigenen Abschnitt untersucht (unten § 7 (S. 315 ff.)).

<sup>1289</sup> *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 20.

<sup>1290</sup> *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 20.

Die Pflicht des Dritten ist darauf zu richten, die Hauptpartei im Primärprozess bestmöglich zu unterstützen und hierfür alles Zumutbare zu unternehmen, insbesondere aus seiner Sphäre stammende und für die Hauptpartei günstige Tatsachen und Beweismittel in den Primärprozess einzubringen bzw. der Hauptpartei zur Verfügung zu stellen.<sup>1292</sup> Um als Fundament für eine arbitrale Streitverkündungswirkung zu dienen, müsste die Unterstützungspflicht freilich als allgemein durch eine Streitverkündung ausgelöst angesehen werden – so, wie im schweizerischen Recht durch das Bundesgericht oder im österreichischen Recht durch den Obersten Gerichtshof entwickelt. Ob dies möglich und überzeugend ist, wird später untersucht.<sup>1293</sup>

*Riehm* untersuchte demgegenüber, wann eine solche Pflicht ungeachtet einer Rechtsfortbildung „schon jetzt“ anzunehmen ist und was daraus folgt. Insoweit kann eine Unterstützungspflicht die Folge einer Pflichtverletzung des Dritten sein<sup>1294</sup> – etwa, weil der Dritte als Hersteller mangelhaft geliefert hat und die Hauptpartei deswegen vom Endkunden auf Gewährleistung in Anspruch genommen wird. Wie *Riehm* gezeigt hat, entspricht es in diesem Fall dem Gedanken der Ingerenzhaftung, dass der Dritte – auch wenn er den Mangel ggf. nicht zu vertreten hat – nun alles dafür tun muss, dass die Folgen der Pflichtverletzung möglichst gering bleiben.<sup>1295</sup> Eine Unterstützungspflicht, die mit einer vorausgehenden Pflichtverletzung des Dritten begründet wird, führt allerdings (bis auf die Entbehrlichkeit der Voraussetzung des Verschuldens bzw. des Vertretenmüssens) wie die oben<sup>1296</sup> dargestellte faktische Bindungswirkung als Folge eines Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruchs nur zu einer rechtsfolgenseitigen Bindung. Denn bestreitet der Dritte bereits die vorausgehende Pflichtverletzung, muss das Gericht im Sekundärprozess diese umfassend prüfen und positiv feststellen, bevor es die Unterstützungspflicht des Dritten und infolgedessen – bei deren Verletzung – eine Bindungswirkung annehmen kann.<sup>1297</sup> Soll die Haftung für eine Unterstützungspflicht auch den Tatbestand des Regress- oder Schadloshaltungsanspruchs gegen oder durch den Dritten erfassen, müsste dem Dritten unabhängig von einer vorausgehenden Pflichtverletzung eine Unterstützungspflicht aus dem Schuldverhältnis erwachsen.

Aber nun einmal angenommen, der Dritte ist zur Unterstützung der Hauptpartei verpflichtet, ihm ist die Unterstützung im konkreten Fall zumutbar<sup>1298</sup> und er hat die Unterstützung gleichwohl in von ihm zu vertretender Weise<sup>1299</sup> unterlassen. Dann führt die Haftung für die Pflichtverletzung in Teilen zu einer der Streitverkündungswirkung sehr ähnlichen Bindungswirkung im Sekundärprozess: Folge der Pflichtverletzung ist zunächst ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB,

---

<sup>1291</sup> Unten § 6 IV. 2. a) (S. 303 ff.).

<sup>1292</sup> *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 21.

<sup>1293</sup> Unten § 6 III. 2. (S. 294 ff.).

<sup>1294</sup> *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 21.

<sup>1295</sup> *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 21.

<sup>1296</sup> § 6 II. 2. (S. 289 f.).

<sup>1297</sup> *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 21 Fn. 61.

<sup>1298</sup> Zur Zumutbarkeit der Unterstützung *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 24.

<sup>1299</sup> Zum Vertretenmüssen in diesem Zusammenhang *Riehm*, Z郑 134 (2021), 3, 24 f.

nach dem der Dritte die Hauptpartei von allen negativen Folgen freizustellen hat, die aus der unterlassenen Unterstützung resultieren. Wäre der Primärprozess bei geleisteter Unterstützung für die Hauptpartei besser ausgefallen – etwa, weil der Dritte ein entscheidungserhebliches Beweismittel in seiner Hand hatte –, muss der Dritte sie von allen negativen Folgen für ihr Vermögen freistellen, die ihr aus dem Urteil entstehen.<sup>1300</sup>

Darüber hinaus kann der Dritte im Sekundärprozess nicht einwenden, die Hauptpartei habe den Primärprozess mangelhaft geführt.<sup>1301</sup> Denn würde sich der Dritte im Sekundärprozess etwa mit einem Beweismittel verteidigen, mit dem im Primärprozess bereits die zur Verurteilung der Hauptpartei führende Feststellung hätte abgewendet werden können, würde er sich auf die Folgen seiner eigenen Pflichtverletzung berufen. Damit aber wird er gemäß dem Grundsatz *nemo auditur turpitudinem suam allegans* nach § 242 BGB nicht gehört.<sup>1302</sup> Dasselbe folgt aus der Ersatzpflicht nach § 249 Abs. 1 BGB,<sup>1303</sup> da die Hauptpartei dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts nur deswegen ausgesetzt ist, weil ihr gegenüber im Primärprozess entsprechende nachteilige Feststellungen ergangen sind. Der Dritte muss die Hauptpartei daher auch von diesem Risiko freistellen, was nach der Naturalrestitution im Wege des § 249 Abs. 1 BGB möglich ist, indem der Dritte im Sekundärprozess nicht abweichend vorträgt bzw. das zurückgehaltene Beweismittel nicht einbringt und sich also an die Feststellungen des Primärgerichts „bindet“.<sup>1304</sup>

## 2. Keine Eignung zur Konstruktion der im Schiedsverfahren gebotenen Streitverkündungswirkung

Die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB (i. V. m. *nemo auditur*) ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Wenn der Dritte zur Unterstützung der Hauptpartei verpflichtet ist und diese Pflicht in zu vertretender Weise verletzt, substituiert die daraus folgende Bindungswirkung weitgehend eine Streitverkündungswirkung. Die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung tritt zudem grundsätzlich unabhängig davon ein, ob der Primärprozess ein staatlicher Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren ist.<sup>1305</sup>

<sup>1300</sup> Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 25 f.

<sup>1301</sup> Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 26 f.

<sup>1302</sup> Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 27; allgemein BeckOGK-BGB/Kähler, § 242 Rn. 891 ff.; Staudinger-BGB/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 247; Niederländer, FS Gutzwiller, 1959, S. 621, 622 f.; MüKo-BGB/Schubert, § 242 Rn. 414.

<sup>1303</sup> Riehm, Z郑 134 (2021), 3, 27.

<sup>1304</sup> Eine Bindung des Sekundärgerichts an rechtliche Feststellungen des Primärgerichts ist mit dieser Konstruktion allerdings nicht so einfach zu begründen. S. zu diesem Problem in anderem Kontext noch unten § 6 IV. 2. c) bb) (S. 309 ff.).

<sup>1305</sup> Die Bindungswirkung ist gegenüber derjenigen nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO jedoch in bestimmten Punkten eingeschränkt, insbesondere da dem Dritten bestimmte „Schiedsrisiken“

Sie ist somit in jedem Fall in das argumentative Repertoire als Prozessvertreter aufzunehmen und als Sekundärgericht bei entsprechendem Vortrag und anwendbarem deutschen Sachrecht ernsthaft in Erwägung zu ziehen.

Gleichwohl ist die Haftung des Dritten für eine Unterstützungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB als Fundament für eine rechtsfortbildende Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung ungeeignet. Denn die dafür notwendige Annahme einer allgemeinen, durch Verkündung des Streits ausgelösten Unterstützungspflicht und die Beschränkung der Haftung für diese auf eine Streitverkündungswirkung – so wie es das Verständnis in der Schweiz ist und in Österreich war – sähe sich jedenfalls im deutschen Recht zwei dogmatischen Brüchen ausgesetzt:

*a) Zu weit der Haftungsgrund: Der Haftungsumfang des Schadensersatzanspruchs*

Einerseits ist der Haftungsgrund – Verletzung der Unterstützungspflicht – zu weit: Wie soeben gesehen, würde die Haftung für die Pflicht mit einem Schadensersatzanspruch weit über eine Streitverkündungswirkung hinausgehen; und potenziell sogar über den Inhalt des im Sekundärprozess streitgegenständlichen Regress- oder Schadloshaltungsanspruchs.<sup>1306</sup> Dies ist auch gerechtfertigt, wenn der Dritte zur Unterstützung verpflichtet war: Dann tritt mit der entsprechenden Pflichtverletzung ein zusätzlicher, die Haftung legitimierender Unrechtsgehalt hinzu.<sup>1307</sup> Allein der Umstand, dass zwischen der Hauptpartei und dem Dritten ein Schuldverhältnis im Zeitpunkt einer erklärten Streitverkündung besteht, kann diese weite Haftung jedoch nicht legitimieren. Denn nach der Konzeption der §§ 72 ff., 68 ZPO ist die Haftung des Dritten dafür, die Hauptpartei im Primärprozess nicht unterstützt zu haben,<sup>1308</sup> *gegenständlich auf die Streitverkündungswirkung beschränkt*. Das bedeutet: Allein der Umstand, dass der Dritte die Hauptpartei trotz der Verkündung des Streits nicht unterstützt hat, begründet noch keinen Schadensersatzanspruch;<sup>1309</sup> er bedarf besonderer sachrechtlicher Begründung.<sup>1310</sup> Diese Wertungsentscheidung

---

nicht aufgebürdet werden können und der nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB eröffnete Mitverschuldenseinwand weiter geht als die Einreden nach § 68 Hs. 2 ZPO. Vgl. dazu *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, S. 35 ff. (Fazit).

<sup>1306</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 25.

<sup>1307</sup> *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 25 f.

<sup>1308</sup> Die Streitverkündungswirkung kann allerdings nicht als „Sanktion“ für eine unterlassene Unterstützung verstanden werden, s. dazu sogleich § 6 III. 2. b) (S. 297 f.).

<sup>1309</sup> Einhellige Auffassung, s. etwa *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 175; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 285; *Stein/Jacoby*, § 68 Rn. 13 (bezogen auf einen Schadensersatzanspruch des Dritten gegen die Hauptpartei); implizit auch *Hellwig*, CPR Bd. 2, 1907, § 137 S. 514 Fn. 106; *Schwab*, NJW 1955, 1761; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit zweifelhafter Begründung OLG Celle NJW 1955, 1760, 1760 f.; ausnahmsweise einen Schadensersatzanspruch des Dritten gegen die Hauptpartei bejahend aber LG Berlin JR 1954, 384, 385.

<sup>1310</sup> *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 175 („im seltenen Einzelfall“); *Schwab*, NJW 1955, 1761; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 285 („ausnahmsweise aus besonderen sachlich-

ist auch für die rechtsfortbildende Konstruktion der Streitverkündung im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO zu beachten. Dem Schuldverhältnis der Hauptpartei zum Dritten kann daher keine *allgemeine, durch Streitverkündung ausgelöste* Unterstützungspflicht entnommen werden.<sup>1311</sup>

Soll die Haftung für eine Unterstützungspflicht als Fundament für eine arbitrale Streitverkündungswirkung dienen, müsste man demnach die Haftung auf die Streitverkündungswirkung *beschränken* und dazu entweder (I) den Schadensersatzanspruch gegenständlich entsprechend begrenzen oder (II) einen Schadensersatzanspruch ausschließen und die Streitverkündungswirkung nur über den *nemo auditur*-Ausschluss konstruieren. Die schweizerische Rechtswissenschaft geht im Ergebnis den zweiten Weg, indem sie die Streitverkündungswirkung zwar als Haftung für eine Pflicht des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei versteht, der Hauptpartei jedoch keinen Schadensersatzanspruch gewährt.<sup>1312</sup> Diese Konstruktion ist für das schweizerische Recht jedoch ebenso außergewöhnlich, denn nach Art. 97 Abs. 1 OR (als dem § 280 Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung) folgt aus der Verletzung einer Pflicht<sup>1313</sup> allgemein ein Schadensersatzanspruch. Man mag diese Friktion mit dem Schuld- und Schadensrecht für das schweizerische Recht aufgrund der geschichtlichen Entstehung der Streitverkündungswirkung als allgemeines Prinzip in Gesamtanalogie zu den positiven Normierungen im materiellen Recht noch als gangbar ansehen. Das Konstrukt ist für das deutsche Recht jedoch abzulehnen, da es mit der Dogmatik des § 280 Abs. 1 BGB brechen würde.

Einem vergleichbaren dogmatischen Bruch sähe es sich ausgesetzt, würde man zwar einen Schadensersatzanspruch gewähren, diesen jedoch gegenständlich auf die Bindungswirkung im Sekundärprozess beschränken. Denn § 249 Abs. 1 BGB ordnet für jeden Schadensersatzanspruch eine Totalreparation an, ohne je nach Haftungsgrund einen unterschiedlichen Ersatzumfang zu gewähren.<sup>1314</sup> Mit anderen Worten: Der Schadensersatzanspruch ist gegenständlich sehr wohl beschränkt, allerdings allein durch den Haftungsgrund, der über das Kriterium „der zum Ersatz verpflichtende Umstand“ – hier die Verletzung der Unterstützungspflicht – sowie durch den zugrunde liegenden Schutzzweck der Haftungsnorm den Umfang des Schadensersatzanspruchs bestimmt.<sup>1315</sup> Der Haftungsumfang korrespondiert insofern mit dem Haftungsgrund. Würde man die Haftung für eine Verletzung der

---

rechtlichen Gründen“); für einen weit(er)gehenden Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs OLG Celle NJW 1955, 1760, 1760 f.

<sup>1311</sup> Etwas weiter insoweit *Riehm*, ZJP 134 (2021), 3, 21 (Unterstützungspflicht in vertraglichen Schuldverhältnissen „in aller Regel“ begründet).

<sup>1312</sup> S. dazu oben § 6 I. 2. b) aa) (S. 285 ff.).

<sup>1313</sup> Worunter in der schweizerischen Rechtswissenschaft auch Nebenpflichten (im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB) gefasst werden, die dort dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB entnommen werden (BaslerKo-OR/*Wiegand*, Einl. zu Art. 97–109 Rn. 5).

<sup>1314</sup> BeckOGK-BGB/*Brand*, § 249 Rn. 54; Staudinger-BGB/*Höpfner*, Vorbemerkung zu §§ 249 ff. Rn. 4.

<sup>1315</sup> Staudinger-BGB/*Höpfner*, Vorbemerkung zu §§ 249 ff. Rn. 4, § 249 Rn. 28 ff.

Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei nun im Wege der Rechtsfortbildung auf die Bindungswirkung begrenzen, wäre der Haftungsumfang gegenüber dem Haftungsgrund unter Bruch mit dieser Dogmatik verengt.

*b) Zu eng der Haftungsgrund: Das schiefe Bild einer Streitverkündungswirkung als „Sanktion“ für eine nicht gewährte Unterstützung*

Der Haftungsgrund ist jedoch auch zu eng. Denn hat der Dritte die Hauptpartei bestmöglich unterstützt, insbesondere sämtliche ihm bekannten und für die Hauptpartei günstigen Tatsachen vorgetragen und Beweismittel eingebracht, scheidet die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB (i. V. m. *nemo auditur*) mangels Pflichtverletzung aus.<sup>1316</sup> Gleiches gilt, wenn der Dritte die Hauptpartei zwar nicht oder nicht nach Kräften unterstützt hat, es jedoch an der haftungsausfüllenden Kausalität fehlt, etwa weil das Gericht im Primärprozess die Beweiswürdigung oder die Rechtsanwendung fehlerhaft vorgenommen hat.<sup>1317</sup> Kurzum: Das *neutrale*, nicht vom Dritten mitverursachte Risiko einer unrichtigen Entscheidung des Primärprozesses kann dem Dritten infolge einer Haftung für die Unterstützungspflicht nicht auferlegt werden.<sup>1318</sup>

Auch und gerade von diesem Risiko soll die Streitverkündungswirkung die Hauptpartei jedoch freistellen: Denn wie die Analyse ergeben hat, kann dem Streitverkündungsempfänger das Risiko einer unrichtigen Entscheidung des Primärprozesses jedenfalls insoweit auferlegt werden, als es nicht auf einen Verursachungsbeitrag der Hauptpartei zurückgeht, der mindestens vergleichbar zu dem des Dritten ist.<sup>1319</sup> Das bedeutet auch, dass der Dritte ein unverschuldet erst nach der Rechtskraft des Primärprozesses aufgefundenes Beweismittel nicht mehr in den Sekundärprozess einbringen können soll – er hatte dazu, nur zeitlich nach vorne verlagert, Gelegenheit. Nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB wäre ihm die Verwertung eines solchen Beweismittels im Sekundärprozess jedoch möglich.

Die vorstehenden Gedanken verdeutlichen erneut, dass die Streitverkündungswirkung nicht als „Sanktion“ für eine nicht nach besten Kräften unternommene Unterstützung verstanden werden kann,<sup>1320</sup> sondern – wie schon die Analyse zum staatlichen Zivilprozess gezeigt hat – Ausdruck einer von Fehlverhalten der Hauptpartei und des Dritten zunächst losgelösten teilweisen Verlagerung des Prozessrisikos auf den Dritten ist, die von einer Abwägung der als besonders schutz-

---

<sup>1316</sup> Riehm, ZZZ 134 (2021), 3, 26.

<sup>1317</sup> Riehm, ZZZ 134 (2021), 3, 26.

<sup>1318</sup> Riehm, ZZZ 134 (2021), 3, 26.

<sup>1319</sup> S. dazu oben § 4 IX. 2. (S. 225 f.).

<sup>1320</sup> Wiczeorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 8; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 36; a. A. Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1632.



würdig angesehenen Notlage der Hauptpartei und der widerstreitenden Interessen des Dritten geprägt ist.<sup>1321</sup>

#### IV. Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Freistellungspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB

Auch wenn sich die Haftung für eine Unterstützungspflicht als ungeeignetes Fundament zur rechtsfortbildenden Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung herausgestellt hat, ist mit der vorstehenden Untersuchung eine wichtige Erkenntnis gewonnen. Soll die Streitverkündungswirkung als Haftung für eine materiellrechtliche Pflicht konstruiert werden, muss bereits der *Inhalt der Pflicht darauf zugeschnitten* sein, was die Streitverkündung bewirken soll: Die Hauptpartei vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts freizustellen und nur mittelbar über diese Freistellung den Anreiz für den Dritten zu schaffen, die Hauptpartei im Primärprozess zu unterstützen. Als materiellrechtliche Pflicht abgebildet, entspricht dem am besten eine allgemeine, durch Streitverkündung ausgelöste Pflicht des Dritten, *im Sekundärprozess nichts gegen die Richtigkeit der tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einzuwenden* (im Folgenden kurz „Freistellungspflicht“). Ob sich eine solche Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB im Wege der Rechtsfortbildung ohne Bruch mit der Dogmatik der Nebenpflichten begründen und aus der Haftung für diese ein Fundament für eine arbitrale Streitverkündungswirkung entwickeln lässt, bedarf näherer Untersuchung:

##### 1. Vereinbarkeit der Annahme einer Freistellungspflicht mit der Dogmatik von Nebenpflichten

Die Freistellungspflicht kann ihrem Inhalt nach als Nebenpflicht<sup>1322</sup> im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verstanden werden. Denn die Verpflichtung des Dritten, nichts gegen die Richtigkeit der tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einzuwenden, zielt nicht auf die Verwirklichung des mit dem Schuldverhältnis zur Hauptpartei bezweckten Leistungsprogramms ab, sondern ist dem für Nebenpflichten eigentümlichen Integritätsinteresse<sup>1323</sup> zuzuordnen: Mit der Streitverkündungswirkung soll die materielle

<sup>1321</sup> S. dazu oben § 3 I. 4. a) (S. 95 ff.).

<sup>1322</sup> Nebenpflichten werden hier als Oberbegriff für alle dem § 241 Abs. 2 BGB unterfallenden Pflichten verstanden. Mit dieser Begriffsverwendung und zur begrifflichen Abgrenzung eingehend *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 22 ff.

<sup>1323</sup> S. zu dieser Abgrenzung statt vieler BGHZ 218, 22 Rn. 20; grundlegend *Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 287 ff.; *Canaris*, JZ 1965, 475, 477; zudem MüKo-BGB/*Bachmann*, § 241 Rn. 71; *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 39; *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 276 f.; *Köhler*, AcP 190 (1990), 496, 503; *Lüsing*, Nebenpflichten, 2010, S. 76 ff.; Staudinger-BGB/

Rechtsposition der Hauptpartei, so wie sie sich nach den im Primärprozess getroffenen Feststellungen darstellt, vor widersprüchlichen Feststellungen im Sekundärprozess bewahrt werden – und damit im weiteren Sinn vor „Begleitschäden“<sup>1324</sup>, die bei der Durchführung des Schuldverhältnisses – nämlich bei der prozessualen Feststellung über Elemente aus diesem – einzutreten drohen.

*a) Einpassung in den verhaltensbezogenen, abstrakt-relativen Charakter der Nebenpflichten*

Nebenpflichten sind abstrakt-relative Verhaltenspflichten: Sie haben keinen *ex ante* und absolut bestimmten Inhalt wie grundsätzlich die Leistungspflichten. Stattdessen weisen sie zunächst einen abstrakten, generalklauselartigen Inhalt auf, der sich sodann situationsabhängig und stufenweise konkretisieren kann und insofern relativ ist.<sup>1325</sup>

Zu denken ist bspw. an die zunächst nur abstrakte Pflicht eines Ladenbesitzers, seine Verkaufsfläche so zu unterhalten, dass sie die Gesundheit der Kunden nicht gefährdet. Droht nun eine Kiste im Gemüseregal zu brechen und der Inhalt auf die Verkaufsfläche zu fallen, konkretisiert sich die Obhutspflicht dahin sichernde Maßnahmen zu ergreifen. Sie muss sich dadurch noch nicht auf ein bestimmtes Verhalten konkretisiert haben, sondern lässt dem Verpflichteten grundsätzlich offen, welche Maßnahme er ergreift (etwa die Kiste zu reparieren oder sie auszuräumen). Fällt aus dem Gemüseregal jedoch eine Tomate auf den Boden und zerplatzt, kann sich die Obhutspflicht dahin konkretisieren, die Überreste der Tomate wegzuwischen, um ein Ausrutschen der Kunden zu vermeiden.

Die Nebenpflicht ist aufgrund ihres abstrakt-relativen Inhalts als solche nicht erfüllbar: Sie besteht jedenfalls so lange fort, wie das Schuldverhältnis fortbesteht.<sup>1326</sup> Eine situative Konkretisierung der Nebenpflicht berührt ihren Bestand somit nicht, sondern ist situative *Ausprägung*. Ein möglicher Anspruch auf Erfüllung „der“ Nebenpflicht<sup>1327</sup> richtet sich stets nur auf eine solche Konkretisierung.<sup>1328</sup>

---

*Olzen*, § 241 Rn. 156, 161; vom Abgrenzungskriterium nur „bedingt“ überzeugt *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 35 f. Die Abgrenzung anhand der Autonomie (§ 241 Abs. 1) bzw. der Heteronomie (§ 241 Abs. 2) des Pflichtinhalts vornehmend, was jedoch ebenfalls zu einer Einordnung der Nebenpflichten in den *status quo* führt, *Hassemer*, Heteronomie, 2012, S. 45 f.

<sup>1324</sup> Mit dem Bild des Schutzes der Nebenpflichten vor Begleitschäden bei Durchführung des Schuldverhältnisses etwa *Canaris*, JZ 1965, 475, 477; *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 277.

<sup>1325</sup> *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 278; *Köhler*, AcP 190 (1990), 496, 503, 509; *Medicus*, FS Canaris I, 2007, S. 835, 840.

<sup>1326</sup> *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 289; *Heinrichs*, FS Schlechtriem, S. 503, 516; *Riehm*, FS Canaris I, 2007, S. 1079, 1083.

<sup>1327</sup> S. zur Bewehrung von Nebenpflichten mit einem Erfüllungsanspruch noch unten § 6 IV. 2. c) aa) (S. 307 f.).

<sup>1328</sup> *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 289.

Der Inhalt der Freistellungspflicht ließe sich mit diesem verhaltensbezogenen, abstrakt-relativen Charakter abbilden: Ihr Inhalt wäre zunächst nur dahin zu fassen, dass der Dritte *auf eine mögliche Streitverkündung hin* im Sekundärprozess nichts gegen die Richtigkeit der tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einwendet. Mit Verkündung des Streits wird die abstrakte, da noch nicht auf einen bestimmten Primärprozess bezogene Freistellungspflicht auf den betreffenden Primärprozess konkretisiert. Welche Feststellungen tragend sein werden und auf welche der tragenden Feststellungen sich die Freistellungspflicht (und damit die Streitverkündungswirkung) beziehen wird, steht jedoch auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Final konkretisiert sich die Freistellungspflicht daher erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Schiedsspruchs im Primärprozess. Kommt der Dritte „der“ Freistellungspflicht im Sekundärprozess nach und bestreitet die Richtigkeit der primärgerichtlichen Feststellungen also nicht, erfüllt er nur diese Konkretisierung, nicht aber die abstrakte Freistellungspflicht. Letztere bleibt so lange bestehen, wie das die Freistellungspflicht begründende Schuldverhältnis des Dritten zur Hauptpartei fortbesteht und bietet daher eine Grundlage für mögliche Streitverkündungen in weiteren Prozessen zwischen der Hauptpartei und dem Dritten.

*b) Die Freistellungspflicht und Nebenpflichten als heteronomes, gesetzlich angeordnetes Recht*

Auch wäre die rechtsfortbildende Annahme einer durch Streitverkündung ausgelösten Freistellungspflicht mit der Natur der Nebenpflichten als *heteronomes, gesetzlich angeordnetes Recht*<sup>1329</sup> vereinbar. Denn die Streitverkündungswirkung ist grundsätzlich nicht das Produkt einer Vereinbarung der Parteien, sondern – wie auch Nebenpflichten – das Produkt einer gesetzlichen Interessenabwägung.

*c) Ein Novum im Hinblick auf die zur Entstehung von Nebenpflichten herangezogenen Begründungsmuster*

Im Hinblick darauf, womit die Entstehung von Nebenpflichten typischerweise begründet wird, erscheint die Freistellungspflicht hingegen zunächst als Fremdkörper im System des § 241 Abs. 2 BGB. Denn Nebenpflichten werden typischerweise damit legitimiert, dass der Verpflichtete infolge einer eingegangenen Sonderverbindung eine erhöhte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter, Rechte und Interessen des anderen Teils hat und andersherum letzterer eine eingeschränkte

<sup>1329</sup> S. etwa *Canaris*, FS BGH (50 Jahre), 2000, S. 129, 173 ff.; *Canaris*, JZ 1965, 475, 478 ff.; *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 282 f.; *Hassemer*, Heteronomie, 2012, 37, 45; *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 200; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 564; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 97 f.

Verteidigungsmöglichkeit gegenüber dem Verpflichteten.<sup>1330</sup> Zudem werden Nebenpflichten häufig damit begründet, dass der Verpflichtete besonderes Vertrauen gewährt und die Gegenseite in Anspruch nimmt.<sup>1331</sup> Beide Wertungsmuster eignen sich nicht zur Begründung der Freistellungspflicht: Einerseits ist die Anordnung der Streitverkündungswirkung kein Ausdruck einer sonderverbindungsbedingt erhöhten Einwirkungsmöglichkeit. Denn wie die Untersuchung hervorgebracht hat,<sup>1332</sup> ist die Streitverkündungswirkung die Konsequenz der Verlagerung eines grundsätzlich *neutralen*, da aus der Struktur der Streitbeilegung folgenden Risikos. Andererseits passt das Begründungsmuster besonderen gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauens nicht: Warum sollte die Hauptpartei darauf vertrauen oder darauf vertrauen dürfen, dass der Dritte sie vom Prozessrisiko freistellt? Die Struktur der Streitbeilegung legt dies gerade nicht nahe.

Dass sich die Freistellungspflicht nicht mit den typischerweise herangezogenen Mustern begründen lässt, erscheint jedoch näher besehen nicht als Umstand, aufgrund dessen ihre rechtsfortbildende Konstruktion notwendigerweise als Verstoß gegen die Dogmatik des § 241 Abs. 2 BGB anzusehen wäre. Denn weder der Wortlaut des § 241 Abs. 2 BGB noch der gesetzgeberische Wille<sup>1333</sup> limitieren mögliche Begründungsmuster. Stattdessen knüpft die Legitimation von Nebenpflichten allein an den Inhalt des Schuldverhältnisses an. Die Entstehung von Nebenpflichten legitimierend und zugleich beschränkend erscheint vor diesem Hintergrund allein eine allgemeine Abwägung zwischen der Schutzwürdigkeit des Begünstigten und der Zumutbarkeit für den Verpflichteten.<sup>1334</sup> Im Rahmen der Rechtsanwendung und der Rechtsfortbildung *de lege lata* darf diese Abwägung freilich nicht „freihändig“, d. h. als eigenwertender Akt des Rechtsanwenders vorgenommen werden, sondern muss stets an positivrechtliche Wertungsentscheidungen anknüpfen.<sup>1335</sup> Die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit, die herabgesetzte Verteidigungsmöglichkeit sowie das besondere Vertrauen erscheinen demzufolge nicht als exklusive Begründungsmuster,<sup>1336</sup> sondern nur als solche, die durch ihre Ver-

---

<sup>1330</sup> S. etwa *Canaris*, JZ 1965, 475, 476; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 432; *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 104 f.; *Grigoleit*, FS Canaris I, 2007, S. 275, 285; *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 212 ff.; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 212 f.; *Dauner-Lieb/Langen/Krebs*, § 241 Rn. 45; *Lüsing*, Nebenpflichten, 2010, S. 108 f.

<sup>1331</sup> Diese Wendung wurde geprägt von *Canaris*, JZ 1965, 475, 478 ff.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538.

<sup>1332</sup> S. dazu oben § 3 I. 1. (S. 54 ff.) sowie § 3 I. 4. b) (S. 96 ff.).

<sup>1333</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 125 f.

<sup>1334</sup> Ähnlich *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 211: „Existenz und Ausgestaltung von Haftungen werden in erster Linie von dem Schutzbedürfnis des Geschädigten und der Zumutbarkeit der Haftung für den Schädiger bestimmt.“

<sup>1335</sup> Im Kontext der Nebenpflichten dezidiert *Erman-BGB/S. A. Martens*, § 241 Rn. 16.

<sup>1336</sup> Mit einem Gedanken in diese Richtung auch *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 213; zudem *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 645 ff., der die

ankerung in normierten Schutzpflichten (vgl. etwa §§ 617, 618, 701, 732 BGB) gesetzlich gebilligt wurden.

Auch anerkannte Nebenpflichten lassen sich nicht immer mit den tradierten Mustern begründen. Mehrfach herausgehoben wurde dies für den Vertrauensgedanken: Das objektiv zu fassende<sup>1337</sup> „Vertrauen“ kann selbst oft nicht viel zur Begründung von Nebenpflichten beitragen, weil die Annahme, der Verpflichtete würde besonderes Vertrauen erwecken und der Berechtigte dieses in Anspruch nehmen, nicht selten einer Fiktion gleichkommt. Bspw. lässt sich kaum sagen, dass dem mit einer Aufklärungspflicht belegten Gebrauchtwagenhändler objektiv Vertrauen entgegengebracht wird, wenn doch gerade Gebrauchtwagenhändler besonders wenig vertrauenswürdig sein mögen.<sup>1338</sup> Das „Vertrauen“ entpuppt sich somit oftmals als eine als schützenswert erachtete Erwartung des Gläubigers der Nebenpflicht<sup>1339</sup> – und damit als Produkt einer allgemeinen Abwägung zwischen der Schutzwürdigkeit und der Zumutbarkeit. Der Vertrauensgedanke wurde so in einigen Fällen als „Leerformel“ aufgedeckt.<sup>1340</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es legitim, Nebenpflichten jenseits der tradierten Muster zu begründen, *wenn* der Inhalt der Nebenpflicht – wie die Freistellungspflicht – auf eine gesetzliche Wertungsentscheidung zurückgeführt werden kann.<sup>1341</sup> Die Annahme einer durch Streitverkündung ausgelösten Freistellungspflicht erscheint mithin zwar als Novum im System des § 241 Abs. 2 BGB, nicht aber als Fremdkörper.

---

berufsrechtliche Haftung im weiteren Sinn auf die Wertungen Spezialisierung, Waffen- gleichheit und Optimierung am Markt zurückzuführen versucht.

<sup>1337</sup> S. nur BAG BB 1957, 785, 786; in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oft als „typisches“ Vertrauen bezeichnet, vgl. BGHZ 71, 284, 287; *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 217 f.; *Lüsing*, Nebenpflichten, 2010, S. 104 f.

<sup>1338</sup> Beispiel nach *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 Fn. 21.

<sup>1339</sup> S. statt vieler *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 217 f.; *Lüsing*, Nebenpflichten, 2010, S. 104 f.; *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 2020, S. 248.

<sup>1340</sup> Allgemein *Lüsing*, Nebenpflichten, 2010, S. 105 f.; zum Bereich der Prospekthaftung *Bar*, ZGR 1983, 476, 490 ff.; *Kersting*, JR 2009, 221, 223; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 644; zum Bereich der Schutzpflichten zugunsten von Rechtsgütern und Rechten wie dem Eigentum *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 218; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 421 ff.; insoweit eine Schwäche des Vertrauensprinzips zugebend *Canaris*, FS Larenz II, 1983, S. 27, 107; zur *culpa in contrahendo* äußerst kritisch *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 419 ff.

<sup>1341</sup> S. zur Möglichkeit der Herleitung von Nebenpflichten aus gesetzlichen Wertungsentscheidungen allgemein *Kamp*, Nebenpflichten, 2020, S. 228 f.; Erman-BGB/S. A. *Martens*, § 241 Rn. 17 (Herleitung unter anderem „im Wege einer Gesamtanalogie“); zu Nebenpflichten im Aufsichtsrecht *Krüger*, NJW 2013, 1845, 1847: „Gesetzliche Nebenpflichten konkret zu bestimmen, ist letztlich Rechtsfortbildung.“; mit der Begründung einer nachvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Einsicht in die Personalakte zu gewähren, unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG das BAGE 136, 156, 164.

## 2. Vereinbarkeit der Annahme einer Streitverkündungswirkung infolge der Freistellungspflicht mit der Dogmatik der Haftung für Nebenpflichten

Daher sei im Folgenden ausgehend von der Annahme, eine im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärte Streitverkündung löse eine Freistellungspflicht mit obenstehendem<sup>1342</sup> Inhalt aus, untersucht, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Haftung für diese Pflicht eine Streitverkündungswirkung abbilden kann.

### *a) Schuldverhältnis: Die Notwendigkeit eines im Zeitpunkt der Streitverkündung bestehenden Schuldverhältnisses*

Da Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB an ein Schuldverhältnis anknüpfen, setzt der Eintritt einer tatbestands- und rechtsfolgenseitigen Bindungswirkung infolge der Haftung für die Freistellungspflicht voraus, dass zwischen der Hauptpartei und dem Dritten im Zeitpunkt der Streitverkündung ein (mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierendes) Schuldverhältnis besteht, das nicht mit dem Bestand des streitgegenständlichen Anspruchs gegen den Dritten steht und fällt.<sup>1343</sup>

### *aa) Gegen die Entstehung eines Schuldverhältnisses durch Verkündung des Streits*

Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, nähme man an, dass mit Verkündung des Streits eigens ein Schuldverhältnis begründet würde, dessen Inhalt die Freistellungspflicht ist. Dies würde der herrschenden Meinung zum staatlichen Zivilprozess sogar am besten entsprechen, denn mit der Ausweitung möglicher Streitverkündungsgründe auf die Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft<sup>1344</sup> wird unter Loslösung von den historischen Wurzeln des Instruments<sup>1345</sup> darauf verzichtet, dass die Streitverkündungswirkung aus einer Sonderverbindung hervorgeht.

Die Ausweitung ist jedoch schon im Bereich staatlicher Zivilprozesse zweifelhaft: Zwar mag das Interesse der Hauptpartei an der Freistellung vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts in diesen Konstellationen gleichermaßen bestehen.<sup>1346</sup> Allein hierauf abzustellen, griffe jedoch zu kurz. Dem Dritten die Last der Streitverkündungswirkung aufzubürden, kann allein das Ergebnis einer Interessenabwägung sein. Die Legitimationsbasis ist hierfür in den

---

<sup>1342</sup> § 6 IV. (S. 298 ff.).

<sup>1343</sup> S. dazu im Kontext der streitverkündungsähnlichen Bindungswirkung infolge der Haftung für eine Unterstützungspflicht schon oben § 6 III. 1. (S. 292 ff.).

<sup>1344</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. a) cc) (S. 64 ff.).

<sup>1345</sup> S. dazu oben § 6 I. 2. a) (S. 283 ff.).

<sup>1346</sup> Hierauf hinweisend Hässemeyer, ZZZ 84 (1971), 179, 188 f.; Ziegert, Interventionswirkung, 2003, S. 120 f.; aus dem schweizerischen Diskurs Takei, Streitverkündung, 2005, S. 83 f.; Takei, ZZZ 2005, 161, 168.

Konstellation der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft weitaus schwächer, als wenn die Streitverkündungswirkung in einem bestehenden Schuldverhältnis verankert werden kann. Denn dieses kann erklären, warum der Dritte an Feststellungen aus einem für ihn „fremden“ Prozess gebunden werden können soll: Immerhin ist der Dritte dadurch gerade zur Hauptpartei vertraglich oder kraft gesetzlicher Anordnung die Sonderverbindung eingegangen, anlässlich der das Risiko besteht, von dem die Streitverkündungswirkung freistellen soll. Zudem kann die Ausweitung des Anwendungsbereichs jedenfalls im Schiedsverfahren nicht mit den – ursprünglich vom Reichsgericht hierfür herangezogenen<sup>1347</sup> – Wertungen der Prozessökonomie und der Sicherung des Vertrauens in die Einheitlichkeit der Rechtsprechung begründet werden, da diesen öffentlichen Interessen hier keine legitimierende Kraft zukommt.<sup>1348</sup>

Daher soll ausdrücklich nicht angeregt werden, die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Streitverkündung auf die Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft für das Schiedsverfahren zu übernehmen, *soweit* es in diesen an einem im Zeitpunkt der Annahme der Streitverkündungswirkung bestehenden Schuldverhältnis fehlt, an einem Schuldverhältnis fehlt, das nicht mit dem streitgegenständlichen Anspruch gegen den Dritten steht und fällt.<sup>1349</sup>

#### bb) Überblick über mögliche Streitverkündungsgründe

Unproblematisch kann eine Streitverkündungswirkung aus der Haftung für die Freistellungspflicht damit in den – praktisch bedeutsamsten – Konstellationen eines Regresses und der Schadloshaltung gefolgert werden, da in diesen in aller Regel unabhängig vom im Sekundärprozess streitgegenständlichen Anspruch gegen oder durch den Dritten ein Schuldverhältnis zum Dritten besteht.<sup>1350</sup> In den Konstellationen der alternativen Gläubiger- bzw. Schuldnerschaft liegt nach der soeben entwickelten Auffassung hingegen kein Streitverkündungsgrund vor, *wenn und weil* zwischen der Hauptpartei und dem Dritten nicht bereits unabhängig von dem im Sekundärprozess streitgegenständlichen Anspruch ein Schuldverhältnis besteht. Hierbei ist ein genauer Blick erforderlich. In manchen Fällen aus den beiden Konstellationen ist ein Streitverkündungsgrund durchaus gegeben:

Dies sei an folgendem Fallbeispiel illustriert: Kanzlei K hat den Architekten A mit der allgemeinen Planung eines neuen Kanzleigebäudes beauftragt. Die Errichtung des Dachstuhls gibt sie jedoch gesondert in die Hände der mandantschaftlich befreundeten Zimmerei Z und beauftragt diese insoweit auch mit der selbständigen Planung der Statik. Nachdem das Kanzleigebäude kurz nach der Errichtung aufgrund zu schwacher Statik einstürzt, entsteht Streit

<sup>1347</sup> RGZ 77, 360, 365.

<sup>1348</sup> S. dazu allgemein oben § 4 IX. 1. (S. 222 ff.).

<sup>1349</sup> In der Sache ebenso *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 18.

<sup>1350</sup> S. dazu im Kontext der Unterstützungspflicht oben § 6 III. 1. (S. 292 ff.) sowie *Riehm*, ZZZ 134 (2021), 3, 20.



darüber, ob der Fehler in der statischen Planung den Dachstuhl oder den sonstigen Teil des Baus betrifft.

Dies ist kein Fall einer Schadloshaltung, einer Abwälzung von Nachteilen im weiteren Sinn,<sup>1351</sup> sondern ein klassischer Fall alternativer Schuldnerschaft: Entweder besteht ein Gewährleistungsanspruch gegen den Architekten oder gegen die Zimmerei (oder freilich möglicherweise gegen den Architekten *und* die Zimmerei, wenn sowohl in der statischen Planung des Dachstuhls als auch im sonstigen Teil des Baus ein Fehler liegt; dies ändert nach heute einhelliger Auffassung jedoch nichts an der Einordnung als zulässiger Fall der alternativen Schuldnerschaft, solange zumindest auch eine alternative Haftung in Betracht kommt<sup>1352</sup>). Aufgrund des dem möglichen alternativen Gewährleistungsanspruch zugrunde liegenden Werkvertrags besteht gleichwohl eine Grundlage für die Annahme der durch Streitverkündung ausgelösten Freistellungspflicht. Wie das folgende Fallbeispiel zeigt, kann ein Streitverkündungsgrund auch in Fällen der alternativen Gläubigerschaft bestehen:

Nach BGH NJW 2012, 928 ff.: Es wird aufgedeckt, dass Unternehmen U an einem Kartell beteiligt ist. Allerdings steht noch nicht fest, inwieweit kartellbedingte Preiserhöhungen auf nachfolgende Marktstufen weitergegeben wurden. Wird U nun von einem Abnehmer A<sub>1</sub> auf Ersatz der kartellbedingten Preiserhöhung in Anspruch genommen, kann U einem Abnehmer A<sub>2</sub> auf anderer Marktstufe den Streit verkünden, um sich vor doppelter Inanspruchnahme zu schützen.<sup>1353</sup> Wird der Prozess zwischen U und A<sub>1</sub> als Schiedsverfahren geführt und verkündet U dem A<sub>2</sub> den Streit, bildet das der Abnahme gegenüber A<sub>2</sub> zugrunde liegende Schuldverhältnis die Grundlage der Freistellungspflicht.

Hinsichtlich der Fälle einer Vertreterhaftung ist zu differenzieren. Soweit es um die Regresshaftung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen geht, kann ein Streitverkündungsgrund ohne Weiteres abgebildet werden, denn dem möglichen Regress liegt das „Grundverhältnis“<sup>1354</sup> zugrunde (etwa ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag). Soweit es um die Haftung des *falsus procurator* gegenüber „dem anderen Teil“ des Vertretenen nach § 179 Abs. 1 und 2 BGB – eine Zwitterstellung zwischen Schadloshaltung und alternativer Schuldnerschaft<sup>1355</sup> – geht, fehlt es jedoch mangels Sonderbeziehung (neben der gerade nur potenziellen aus § 179 BGB) regelmäßig an einem Anknüpfungspunkt für die Freistellungs-

<sup>1351</sup> S. zu diesem Begriffsverständnis nur Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 50.

<sup>1352</sup> Vgl. nur BGHZ 65, 127, 133 = BGH NJW 1976, 39, 40; BGHZ 100, 257, 259 = NJW 1987, 1894, 1894 f.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 ZPO Rn. 64.

<sup>1353</sup> BGH NJW 2012, 928 Rn. 73 (bezogen auf ein staatliches Verfahren als Primärprozess).

<sup>1354</sup> S. zum Grundverhältnis J. Neuner, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 51 Rn. 39; MüKo-BGB/Schubert, § 168 Rn. 4.

<sup>1355</sup> Eingordnet als Fall der alternativen Schuldnerschaft etwa bei Wieczorek/Schütze/Mansel, § 72 Rn. 58; als Fall der Schadloshaltung bei Takei, Streitverkündung, 2005, S. 71. Beides trifft zu: Im Hinblick auf die alternative Erfüllungshaftung nach § 179 Abs. 1 BGB macht die Einordnung als alternative Schuldnerschaft Sinn. Mit Blick auf die (in § 179 Abs. 1 BGB alternative und in § 179 Abs. 2 BGB allein bestehende) Schadensersatzhaftung ist die Vertreterhaftung aber möglicherweise auch (nur) Schadloshaltung.

pflieht, außer der *falsus procurator* hat ausnahmsweise auch mit dem anderen Teil eine eigenständige Vereinbarung über die Vertretung geschlossen oder ihm gegenüber ist neben der Haftung nach § 179 BGB ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB begründet.<sup>1356</sup> Aus den Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft dürften noch manche weitere Fälle als Streitverkündungsgrund in Betracht kommen. Sie sollen hier jedoch nicht herausgearbeitet werden; die übergeordnete Regel für die Einordnung einzelner Fälle steht fest.

*b) Die Zumutbarkeit der Freistellungspflicht als das die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung abbildende Merkmal*

Um eine Streitverkündungswirkung nachbilden zu können, müssen die Voraussetzungen für ihren Eintritt als Voraussetzungen der Freistellungspflicht bzw. ihrer Konkretisierung dargestellt werden können.

Die Voraussetzungen sind neben dem soeben behandelten Streitverkündungsgrund im Einzelnen: die rechtzeitige Verkündung des Streits;<sup>1357</sup> eine ordnungsgemäße Streitverkündungsschrift; die Interventionsfähigkeit des primären Schiedsverfahrens;<sup>1358</sup> die Parteistellung der streitverkündenden Person im Primärprozess; keine Parteistellung des Streitverkündungsempfängers im Primärprozess sowie – in Übertragung der Wertung des § 72 Abs. 2 ZPO – keine Stellung des Dritten als Schiedsrichter oder schiedsgerichtlich benannter Sachverständiger; die subjektive Schiedsfähigkeit<sup>1359</sup> des Dritten und schließlich der schiedsspezifische, generelle Vorbehalt, dass der prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet.<sup>1360</sup>

Hierfür bietet es sich an, das als zentrale dogmatische Stellschraube anerkannte Merkmal der „Zumutbarkeit“ – das aus dem abstrakten Inhalt der Nebenpflichten folgt, alles Zumutbare zu tun, um die Interessen der anderen Seite zu schützen<sup>1361</sup> – rechtsfortbildend mit den Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung aufzuladen. Denn einerseits lassen sich die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung mehr oder weniger treffend als Voraussetzungen für die Zumutbarkeit der Streitverkündungswirkung verstehen. Und andererseits ist das Merkmal der Zu-

<sup>1356</sup> S. zu diesen möglichen Rechtsbeziehungen des Vertreters gegenüber dem anderen Teil etwa J. Neuner, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 51 Rn. 40; MüKo-BGB/Schubert, § 177 Rn. 62 f.

<sup>1357</sup> S. zu den zeitlichen Grenzen der arbitralen Streitverkündung oben § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>1358</sup> S. dazu, dass die streitverkündungsbedingte Intervention des Dritten nach hier entwickeltem Verständnis grundsätzlich nicht von der Zustimmung des Verfahrensgegners abhängt, oben § 4 I. 3. (S. 157 f.) zur Privatautonomie und oben § 4 V. 2. (S. 183 ff.) zur Vertraulichkeit.

<sup>1359</sup> S. zur subjektiven Schiedsfähigkeit etwa Salger/Trittmann/Schlabrendorff, § 2 Rn. 45 ff.; BeckOK-ZPO/Wolf/Eslami, § 1029 Rn. 7.

<sup>1360</sup> S. zur Herleitung oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) und zum Vorbehalt eingehend oben § 5 (S. 235 ff.).

<sup>1361</sup> S. dazu etwa BAG NZA-RR 2009, 362 Rn. 74; MüKo-BGB/Bachmann, § 241 Rn. 173 f.; Krebs, Sonderverbindung und außerdeltikische Schutzpflichten, 2000, S. 211 ff.; Dauner-Lieb/Langen/Krebs, § 241 Rn. 45; Erman-BGB/S. A. Martens, § 241 Rn. 18.

mutbarkeit flexibel genug, um sich auch auf die stufenweise Konkretisierung der Freistellungspflicht zu beziehen.

Die positiven Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung ließen sich so als Voraussetzungen für die Zumutbarkeit der abstrakten Freistellungspflicht verstehen: Nur, wenn der Streit rechtzeitig verkündet wurde, wenn ein Streitverkündungsgrund vorliegt, wenn das primäre Schiedsverfahren interventionsfähig ist, wenn dessen prozeduraler Rahmen dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet etc., ist dem Dritten die Streitverkündungswirkung und also die Konkretisierung der Freistellungspflicht auf die tragenden Feststellungen im primären Schiedsverfahren zumutbar. Andersherum ließen sich negative Voraussetzungen – wie etwa, dass der Beitritt des Dritten nicht infolge eines Zwischenstreits abgelehnt worden sein darf – als Ausschluss der Zumutbarkeit einer entsprechenden Konkretisierung verstehen. Schließlich können auch die Einreden des Dritten gegen die Streitverkündungswirkung als Fälle verstanden werden, in denen die Freistellungspflicht dem Dritten ausnahmsweise – ganz oder teilweise – nicht zumutbar ist.

Die Aufladung der Zumutbarkeit der Freistellungspflicht und ihrer Konkretisierung mit den Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung sähe sich jedoch unabweichlich mit dem Makel behaftet, ohne klare gesetzliche Grundlage zu verbleiben.<sup>1362</sup>

*c) Rechtsfolge: Die Streitverkündungswirkung als Haftung für die Freistellungspflicht mit einem Erfüllungsanspruch*

Verkündet die Hauptpartei im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO den Streit und liegen die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung vor, könnte also eine Freistellungspflicht angenommen werden, die sich mit Eintritt der formalen Rechtskraft im primären Schiedsverfahren darauf konkretisiert, dass der Dritte im Sekundärprozess nichts gegen die Richtigkeit grundsätzlich sämtlicher tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einwendet. Die arbitrale Streitverkündungswirkung würde auf dieser Basis aus der Haftung des Dritten für die konkretisierte Freistellungspflicht *mit einem Erfüllungsanspruch* resultieren:

aa) Zur Bewehrung von Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB mit einem Anspruch

Vor wenigen Jahrzehnten wurde die Vorstellung, dass dem Gläubiger einer Nebenpflicht ein Anspruch<sup>1363</sup> auf ihre Erfüllung zustehen kann, freilich noch über-

<sup>1362</sup> S. zur Würdigung dieses Umstands noch unten § 6 IV.3. (S. 311 f.).

<sup>1363</sup> Die Frage wird oftmals unter dem Stichwort der „Klagbarkeit“ von Nebenpflichten diskutiert (vgl. nur Staudinger-BGB/Olzen, § 241 Rn. 548 sowie die Einschätzung von MüKo-BGB/Bachmann, § 241 Rn. 77; Bachmann/Schirmer, FS Canaris II, 2017, S. 371, 372). In der Sache geht es jedoch schon um die Frage, ob Nebenpflichten mit einem Erfüllungsanspruch

wiegend abgelehnt.<sup>1364</sup> Mit maßgeblich war dafür nicht zuletzt die ideengeschichtliche Entwicklung der Nebenpflichten aus Kress<sup>1365</sup> „Lehre vom unentwickelten Anspruch“ sowie der Anknüpfung daran durch Stoll<sup>1366</sup> und Canaris.<sup>1367 1368</sup> Auf die Hintergründe soll hier nicht näher eingegangen werden. Das Verständnis hat sich gewandelt: Die ganz herrschende Auffassung geht heute davon aus, dass Nebenpflichten mit einem Erfüllungsanspruch bewehrt sein können.<sup>1369</sup> Die herrschende Auffassung sei hier zugrunde gelegt. Von ihrem Standpunkt aus steht ein Anspruch auf Erfüllung einer Nebenpflicht unter zwei Voraussetzungen: Die erste ist in ihrer bereits aufgeworfenen abstrakt-relativen Natur<sup>1370</sup> angelegt, aufgrund der es keinen Anspruch auf Erfüllung „der“ Nebenpflicht geben kann, sondern nur auf ihre jeweilige Konkretisierung.<sup>1371</sup> Die zweite Voraussetzung besteht darin, dass die Bewehrung von Nebenpflichten mit einem Erfüllungsanspruch das Produkt einer Interessenabwägung sein muss – was auf der Einsicht beruht, dass die Haftung den Rechtskreis des Gläubigers gegenüber einem nur auf Naturalrestitution oder Kompensation gerichteten Schadensersatzanspruch durch vorbeugenden Schutz erweitert.<sup>1372</sup> Die Abwägung wäre hier zugunsten der Hauptpartei als Gläubigerin des Anspruchs vorzunehmen, da die Freistellungspflicht gerade auf der Wertungsentcheidung beruhen würde, die Hauptpartei vor dem Risiko eines widersprüchlichen

---

bewehrt sein können oder ob für Nebenpflichten ausschließlich auf Sekundärebene mit einem Schadensersatzanspruch gehaftet wird (MüKo-BGB/Bachmann, § 241 Rn. 77; Bachmann/Schirmer, FS Canaris II, 2017, S. 371, 372; Kuhlmann, Leistungspflichten und Schutzpflichten, 2001, S. 126; allgemein zum Verhältnis der Klagbarkeit zum Anspruch Riehm, FS Canaris II, 2017, S. 345, 356 ff.).

<sup>1364</sup> S. zum früheren Verständnis m. w. N. nur Staudinger-BGB/Olzen, § 241 Rn. 555.

<sup>1365</sup> Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929 (Neudruck 1974), insb. § 23 (S. 578 ff.).

<sup>1366</sup> Stoll, AcP 136 (1932), 257 ff.

<sup>1367</sup> Canaris, JZ 1965, 475 ff.

<sup>1368</sup> Zur Entwicklung eingehend Bachmann/Schirmer, FS Canaris II, 2017, S. 371, 384 ff.

<sup>1369</sup> Mit einer entsprechenden Einschätzung zum Streitstand Dauner-Lieb/Langen/Krebs, § 241 Rn. 67; Staudinger-BGB/Olzen, § 241 Rn. 556. Eine Klagbarkeit/Bewehrung von Nebenpflichten mit einem Erfüllungsanspruch für möglich haltend Grigoleit, FS Canaris I, 2007, S. 275, 303 (Nebenpflichten seien jedoch „regelmäßig“ nicht mit Anspruch durchsetzbar); Hassemer, Heteronomie, 2012, S. 45; Henckel, AcP 174 (1974), 97, 112 Fn. 28; Köhler, AcP 190 (1990), 496, 509 ff.; Medicus, FS Canaris I, 2007, S. 835, 839; Stürner, JZ 1976, 384 ff.

<sup>1370</sup> S. dazu oben § 6 IV. 1. a) (S. 299 f.).

<sup>1371</sup> Dezidiert Grigoleit, FS Canaris I, 2007, S. 275, 289; zudem Bachmann/Schirmer, FS Canaris II, 2017, S. 371, 396; Krebs, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 552; Dauner-Lieb/Langen/Krebs, § 241 Rn. 68; Köhler, AcP 190 (1990), 496, 509 f.; Motzer, JZ 1983, 884, 886; Stürner, JZ 1976, 384, 386.

<sup>1372</sup> S. zu dieser Interessenabwägung Henckel, AcP 174 (1974), 97, 112 Fn. 28; Köhler, AcP 190 (1990), 496, 510 f.; Krebs, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 548 ff.; Dauner-Lieb/Langen/Krebs, § 241 Rn. 68; Staudinger-BGB/Olzen, § 241 Rn. 557; Stürner, JZ 1976, 384, 386 f.

doppelten Feststellungsverlusts im Sekundärprozess – und insofern vorbeugend – zu schützen.

#### bb) Der Anspruch auf Erfüllung der Freistellungspflicht

Wenn es auf die Streitverkündungswirkung ankommt, entscheidet das Sekundärgericht über den Erfüllungsanspruch und damit inzident über die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung bzw. die damit aufgeladene Freistellungspflicht und ihre Konkretisierung. Liegen die Voraussetzungen vor, folgt die Bindungswirkung im Grundsatz daraus, dass das Gericht den von Feststellungen des Primärgerichts abweichenden und insofern pflichtverletzenden Vortrag des Dritten (sowie sein Bestreiten, Beweismittelangebot etc.) unberücksichtigt lässt. Der Dritte wird also wie nach § 68 Hs. 1 ZPO nicht „gehört“ und dadurch der Erfüllungsanspruch der Hauptpartei sofort im Sekundärprozess durchgesetzt. Im Detail ist die Begründung des zwingenden Charakters der Bindungswirkung allerdings etwas diffiziler, wobei insoweit zu unterscheiden ist, ob der Sekundärprozess vor einem deutschen staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht stattfindet:

##### (1) Konstellation I (Schiedsverfahren – deutscher Zivilprozess)

Findet der Sekundärprozess vor einem deutschen staatlichen Gericht statt (Konstellation I), ist die Bindungswirkung hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen ohne Weiteres eine Folge der Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs. Denn soweit Tatsachenvortrag der Hauptpartei, mit der sie sich auf die primärgerichtlichen Feststellungen stützt, infolge der Präklusion des Dritten mit seinem Vortrag unbestritten bleibt, hat ihn das Gericht in aller Regel nach §§ 138 Abs. 3, 288 ZPO seiner Entscheidung ohne Beweisaufnahme als wahr zugrunde zu legen.<sup>1373</sup>

Problematisch erscheint hingegen die Bindung an die rechtliche Würdigung der Tatsachen<sup>1374</sup> durch das Primärgericht. Diese kann nicht allein als Durchsetzung einer Pflicht des Dritten abgebildet werden. Denn die rechtliche Würdigung des Sachverhalts liegt nach herrschendem Verständnis im deutschen Zivilprozess nicht in den Händen der Verfahrensparteien (*iura novit curia* bzw. *da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>1375</sup>).<sup>1376</sup> Die Präklusion des Dritten mit seinem Rechtsvortrag führt daher

<sup>1373</sup> Allein hinsichtlich offenkundig unwahrer Tatsachen tritt die Geständnisfiktion jedoch nach allgemeiner Auffassung nicht ein (BGH NJW 1979, 2089; Anders/Gehle/Anders, § 138 Rn. 45; MüKo-ZPO/Fritsche, § 138 Rn. 28 („Kernstück der Verhandlungsmaxime“); Wiczorek/Schütze/Gerken, § 138 Rn. 42 ff.). Diese Fälle dürften im Hinblick auf die Streitverkündungswirkung allerdings nur theoretischer Natur sein, denn eine offenkundig unwahre Tatsache wird vom Primärgericht kaum je positiv festgestellt sein.

<sup>1374</sup> S. dazu, dass diese von der Streitverkündungswirkung erfasst ist, oben § 31.2.c)aa) (S. 74 ff.).

<sup>1375</sup> S. zu deren Bedeutung und Verhältnis Centner, *iura novit curia*, 2019, S. 12 f.; MüKo-ZPO/H. Prütting, § 293 Rn. 2.

noch nicht zur Bindung des Sekundärgerichts an die rechtliche Würdigung durch das Primärgericht. Freilich stellt sich dasselbe Problem auch im Rahmen von § 68 Hs. 1 ZPO: Der Dritte wird nach dem Wortlaut ebenfalls nur „mit [einer] Behauptung nicht gehört“ – die hinsichtlich der rechtlichen Würdigung jedoch ohnehin irrelevant ist.<sup>1377</sup> Im Zivilprozess behilft man sich dadurch, dass die Bindungswirkung nicht nur als prozessuales Verhaltensgebot gegenüber dem Dritten verstanden wird, sondern zugleich als Verhaltensanordnung an das entscheidende Gericht.<sup>1378</sup> Dies wäre auf die Freistellungspflicht zu übertragen.

## (2) Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren)

Ist der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (Konstellation II), gilt kein strikter Beibringungsgrundsatz. Stattdessen kommt dem Schiedsgericht nach § 1042 Abs. 4 ZPO<sup>1379</sup> und zahlreichen institutionellen Schiedsordnungen eine deutlich selbstständigere Rolle bei der Sachverhaltsermittlung zu (vgl. etwa Art. 28.1, 28.2 DIS-SchO; Art. 25 (1) ICC-SchO; Art. 26 Swiss-Rules; Art. 29 (1) VIAC-Rules). Verbreitet wird insoweit von einem „beschränkten Untersuchungsgrundsatz“ gesprochen.<sup>1380</sup> Unbestrittene Tatsachenbehauptungen wird das Schiedsgericht seiner Entscheidung zwar in der Regel gleichwohl ohne weitere Prüfung zugrunde legen,<sup>1381</sup> sodass die Streitverkündungswirkung dann wie beschrieben aus der Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs folgen könnte. Anders als nach §§ 138 Abs. 3, 288 ZPO ist dies jedoch keine zwingende Folge. Zweifelt das Schiedsgericht an der Wahrheit einer unbestrittenen Tatsache, kann es nach § 1042 Abs. 4 Satz 2 ZPO und insbesondere den oben genannten Schiedsordnungen eine Beweiserhebung anordnen, auch wenn die behauptende Partei keinen Beweisantrag gestellt hat.<sup>1382</sup> Die Entscheidungsanordnung als Annex zur Freistellungspflicht ist

<sup>1376</sup> S. dazu statt vieler BGH NJW 1958, 1968; BGH BeckRS 1968, 31174829; BGH BKR 2017, 371 Rn. 20; *Centner*, Iura novit curia, 2019, S. 89; *Rosenberg*, ZJP 49 (1925), 38, 38 f.

<sup>1377</sup> Deziert *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 18 f.

<sup>1378</sup> BGH NJW 1969, 1480, 1481; OLG Frankfurt MDR 1976, 937; *Bischof*, JurBüro 1984, 1141, 1141 ff.; *Dorpalen*, Judicium 5 (1933), 239, 241 f.; *Lütke*, Beteiligung Dritter, 1993, S. 35 f.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 1, 88 ff.; *K.-P. Martens*, ZJP 85 (1972), 77, 84 f.; *Schneider*, MDR 1961, 3, 3 f.; *Wieser*, ZJP 79 (1966), 246, 284; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 17 ff.

<sup>1379</sup> In Umsetzung von Art. 19 Abs. 2 UNCITRAL-MG.

<sup>1380</sup> S. etwa *Eberl/Eberl*, Beweis im Schiedsverfahren, 2015, S. 25, 31; *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2007, Rn. 1281 ff.; *Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/Theune*, Art. 28 DIS-SchO Rn. 1; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 68.

<sup>1381</sup> Implizit OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 124239 Rn. 58; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2020, 1275, 1278; zudem MüKo-ZPO/Münch., § 1042 Rn. 160; Stein/Jonas/Schlosser, § 1042 Rn. 67; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 52; zur DIS-SchO Nedden/Herzberg/Kopetzki/Strack/Haller, Art. 28 DIS-SchO Rn. 6 f.; DIS Arbitration Rules/Trittmann/Schardt, Art. 28 Rn. 2.

<sup>1382</sup> S. dazu etwa Stein/Jonas/Schlosser, § 1042 Rn. 67; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 1042 Rn. 66; *Salger/Trittmann/Trittmann*, § 10 Rn. 68.

in Konstellation II vor diesem Hintergrund schon hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen nötig, um den zwingenden Charakter der Streitverkündungswirkung erklären zu können.

cc) Das Verhältnis zur Sekundärhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Zur Sekundärhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB mit einem auf die Verletzung der Freistellungspflicht gestützten Schadensersatzanspruch kann es konstruktionsbedingt nicht kommen: Der Dritte mag die Freistellungspflicht zwar noch verletzen können, indem er die Richtigkeit von der Bindungswirkung erfassten Feststellungen bestreitet bzw. abweichend davon vorträgt. Aufgrund dessen, dass das Gericht den (sekundären) Erfüllungsanspruch der Hauptpartei bereits im Sekundärprozess durchsetzt, kann sich die Verletzung der Freistellungspflicht jedoch *a priori* nicht in einem Schaden realisieren. Der Erfüllungsanspruch ist mithin die allein nötige und mögliche Haftung für die Freistellungspflicht.

### 3. Fazit: Eine dogmatisch gangbares, wenn auch nicht umzusetzendes Gedankenexperiment

Der Ansatz, eine Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO durch eine Haftung mit einem Erfüllungsanspruch für eine aus § 241 Abs. 2 BGB entnommene Freistellungspflicht zu konstruieren, erscheint trotz der ein oder anderen Hürde als dogmatisch gangbarer Weg, über den eine arbitrale Streitverkündungswirkung weitgehend abgebildet werden kann. Jedoch würde die behelfsmäßige Konstruktion einer Freistellungspflicht und ihre Aufladung mit den zahlreichen, fein ausdifferenzierten Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung gleichermaßen wie eine „bruchstückhafte“ analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO<sup>1383</sup> einer klaren gesetzlichen Grundlage entbehren – wie auch ein Blick auf den Unmut in der österreichischen Rechtswissenschaft über die Konstruktion des Obersten Gerichtshofs<sup>1384</sup> ohne wirklich greifbare Grundlage in § 21 öZPO zeigt – und ist daher mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) zu verwerfen, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem in einer wie der vorliegenden Konstellation besondere Beachtung gebietet, da eine arbitrale Streitverkündungswirkung intensiv in die Rechtsstellung des Dritten eingreift.<sup>1385</sup>

Vor diesem Hintergrund sollen die vorstehenden Gedanken ein Experiment bleiben, dass einmal mehr die enge Verzahnung von materiellem Recht und Prozessrecht und ihre Austauschbarkeit im Hinblick auf die Konstruktion einzelner Instrumente zeigt. Der Ansatz soll jedoch nicht, auch nicht als Zwischenlösung, zur

<sup>1383</sup> S. dazu eingangs § 6 (S. 277 ff.).

<sup>1384</sup> S. dazu oben § 6 I. 2. b) bb) (S. 287 f.) mit Fn. 1266.

<sup>1385</sup> Vgl. m. w. N. nur Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 GG Rn. 59.



Umsetzung angeraten werden: Dem Schiedsstandort Deutschland ist besser gedient, wenn der Fokus darauf gerichtet wird, ein gesetzliches Instrument einer Streitverkündung im Schiedsverfahren zu schaffen, das ohne Parteistellung bzw. Bindung des Dritten an die Schiedsvereinbarung oder seine Zustimmung auskommt und hierzu den oben in § 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.) herausgearbeiteten schiedsverfahrensspezifisch gebotenen Modifikationen unterzogen wird.

## V. Zusammenfassung

Der vorstehende Paragraph untersucht, ob die Wirksamkeit einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung rechtsfortbildend *de lege lata* konstruiert werden kann. Ausgehend von der Feststellung, dass eine analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO ausscheidet, wird das Experiment unternommen, die arbitrale Streitverkündungswirkung aufgrund von Vorschriften des materiellen Rechts zu konstruieren.

Der Ansatz wird mit einem Blick auf das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht und auf die geschichtlichen Wurzeln der Streitverkündungswirkung legitimiert, die bis einschließlich zu ihrer Kodifikation in der CPO von 1879 als materiellrechtliche, da im Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten fundierte Urteilswirkung verstanden wurde. Ein Blick auf das schweizerische und österreichische Recht, in dem die Streitverkündungswirkung als Haftung für eine Pflicht des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei verstanden wird respektive wurde, verdeutlicht zudem, dass eine materiellrechtliche Konstruktion der Streitverkündungswirkung im internationalen Vergleich keine Besonderheit wäre.

In bestimmten Fällen (insbesondere durch Versicherungs- oder Garantievertrag oder infolge der Haftung mit einem Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzanspruch) kann die Partei eines Schiedsverfahrens bereits kraft vertraglicher oder gesetzlicher Risikoverlagerung vom Prozessrisiko freigestellt sein. Beide Mechanismen eignen sich jedoch nicht zur rechtsfortbildenden Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung.

Sodann wird der Ansatz untersucht, eine Streitverkündungswirkung aus der Haftung des Dritten für eine Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei im Primärprozess zu folgern. Der Ansatz, den *Riehm* in ZZP 134 (2021), 3 ff. für das deutsche Recht bereits eingehend ausgearbeitet hat, ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Wenn dem materiellen Recht im Einzelfall eine Unterstützungspflicht des Dritten entnommen werden kann und der Dritte diese Pflicht in zu vertretender Weise verletzt, substituiert die daraus folgende Bindungswirkung weitgehend eine Streitverkündungswirkung. Die streitverkündungsähnliche Bindungswirkung tritt zudem grundsätzlich unabhängig davon ein, ob der Primärprozess ein staatlicher Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren ist. Sie ist somit in jedem Fall in das argumentative Repertoire als Prozessvertreter aufzunehmen und als Sekundärgericht bei

entsprechendem Vortrag und anwendbarem deutschen Sachrecht ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Jedoch kann keine allgemein durch Verkündung des Streits ausgelöste Freistellungspflicht angenommen werden, weil der Haftungsgrund – Verletzung der Unterstützungspflicht – in einem Punkt zu weit und in einem Punkt zu eng ist: Zu weit, weil die Haftung für die Unterstützungspflicht mit einem Schadensersatzanspruch – weit über eine Streitverkündungswirkung hinaus – eine Ersatzpflicht für grundsätzlich alle aus dem negativen Urteil im Primärprozess folgenden Schäden zum Inhalt hätte. Zu eng, weil dem Dritten mit der von einer Pflichtverletzung abhängigen Haftung nicht auch das *neutrale*, nicht von ihm mitverursachte Risiko einer unrichtigen Entscheidung des Primärprozesses auferlegt werden kann. Beide Hürden könnten nicht ohne dogmatischen Bruch überwunden werden.

Aus dieser Erkenntnis entsteht die Idee, bereits den Inhalt der Pflicht des Dritten darauf zuzuschneiden, was die Streitverkündung bewirken soll: Auf eine durch Verkündung des Streits ausgelöste Pflicht des Dritten, im Sekundärprozess nichts gegen die Richtigkeit der tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einzuwenden (Freistellungspflicht). Mit der Dogmatik der Nebenpflichten erscheint die Annahme einer solchen Freistellungspflicht grundsätzlich vereinbar. Jedenfalls als Novum erschiene die Freistellungspflicht jedoch im Hinblick auf die Begründungsmuster, mit denen die Existenz von Nebenpflichten herkömmlich legitimiert wird: Sie kann nicht mit den tradierten Mustern sonderverbindungsbedingt erhöhter Einwirkungsmöglichkeit bzw. herabgesetzter Verteidigungsmöglichkeit oder besonderen gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauens begründet werden. Auch ließe sich mit der Haftung für die Freistellungspflicht eine Streitverkündungswirkung nicht vollumfänglich und in dogmatisch stimmiger Weise abbilden: Grundsätzlich nicht abgebildet werden kann die nach herrschender Auffassung zum staatlichen Zivilprozess vorgenommene Ausweitung des Anwendungsbereichs der Streitverkündung auf die Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft. Zur Abbildung der Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung ließe sich das Merkmal der „Zumutbarkeit“ der Nebenpflicht und ihrer Konkretisierung aufladen – jedoch würden die zahlreichen und fein ausdifferenzierten Streitverkündungsvoraussetzungen dadurch ohne klar gesetzliche Verankerung verbleiben. Die Bindungswirkung würde sodann in Form einer Haftung für die Freistellungspflicht mit einem Erfüllungsanspruch eintreten: Das Gericht entscheidet über diesen im Sekundärprozess und damit inzident über die mit den Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung aufgeladene Freistellungspflicht bzw. ihre Konkretisierung. Liegen die Voraussetzungen vor, folgt die Bindungswirkung im Grundsatz daraus, dass das Gericht den von Feststellungen des Primärgerichts abweichenden und insofern pflichtverletzenden Vortrag des Dritten (sowie sein Bestreiten, Beweismittelangebot etc.) unberücksichtigt lässt. Im Einzelnen, insbesondere hinsichtlich der Bindung an rechtliche Feststellungen, bedarf der zwingende Charakter der Streitverkündungswirkung jedoch zusätzlicher Begründung, die danach differenzierend

entwickelt wird, ob der Sekundärprozess ein staatlicher Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren ist.

Vor diesem Hintergrund schließt die Untersuchung mit dem Fazit, dass der Ansatz nicht zur Umsetzung angeraten wird, da die behelfsmäßige Konstruktion der Freistellungspflicht und ihre Aufladung mit den zahlreichen, fein ausdifferenzierten Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung gleichermaßen wie eine „bruchstückhafte“ analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO einer klaren gesetzlichen Grundlage entbehrt und insofern kaum erstrebenswert ist. Der Fokus ist stattdessen darauf zu richten, ein gesetzliches Instrument einer Streitverkündung im Schiedsverfahren zu schaffen.

## Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren

### § 7 Die kollisionsrechtliche Qualifikation der Streitverkündung

Internationale Streitigkeiten spielen in der Schiedsgerichtsbarkeit eine bedeutende Rolle.<sup>1</sup> Die zur Entscheidung berufene *lex causae* und *lex arbitri* entstammen in solchen Streitigkeiten oftmals unterschiedlichen Rechtsordnungen – nicht zuletzt, weil gerne ein gegenüber der Nationalität der Parteien und dem Streitinhalt neutraler Schiedsort gewählt wird.<sup>2</sup> Insoweit stellt sich zunächst „die“ kollisionsrechtliche Frage nach dem anwendbaren Recht. Ist diese beantwortet, schließt sich eine *Qualifikationsfrage*<sup>3</sup> an: Was ist vom berufenen Verfahrensrecht bzw. Sachrecht jeweils umfasst?<sup>4</sup>

Die Qualifikationsfrage wird im Hinblick auf eine Streitverkündung in mehrfacher Hinsicht bedeutsam: Richtet sich die Möglichkeit, dass die Hauptpartei im Schiedsverfahren eine Streitverkündung erklärt und der Dritte infolgedessen interveniert, nach dem im Primärverfahren anwendbaren Sach- oder dem Verfahrens-

---

<sup>1</sup> S. statt vieler die Umfragen von *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey, 2018 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)), S. 5 und *Germany Trade & Invest* (GTAI), Kurzumfrage zur Verwendung von Schiedsklauseln in Internationalen Verträgen, Juni 2020 (<https://www.gtai.de/resource/blob/261354/c1041149802613ef4e91f45cd83a917a/umfrage-schiedsklauseln-data.pdf>), S. 6 f.

<sup>2</sup> S. statt vieler *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 3.42 und die Umfrage von *Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey, 2018 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)), S. 9.

<sup>3</sup> Der Begriff der Qualifikation wird im IZVR und IPR für verschiedene Fragestellungen verwendet (s. etwa *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 135 (mit Kritik daran); *Linke/Hau*, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 2.19 („einer der schillerndsten Grundbegriffe des IPR“); *Staudinger-BGB/Looschelders*, Einleitung IPR Rn. 1080 ff.; *Riezler*, IZPR, 1949, S. 103; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, Der Internationale Zivilprozess. 1. Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht Rn. 34; zum *common law* *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, Rn. 2-001 ff.). Im Folgenden wird mit dem Begriff der Qualifikation, soweit nicht anders angegeben, nur die soeben im Text genannte Frage angesprochen.

<sup>4</sup> Diese Frage wird auch als Qualifikation von Systembegriffen bezeichnet, s. etwa *Riezler*, IZPR, 1949, S. 103; *Schütze*, FS Universität Waseda, 1988, S. 323, 324 f.; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, Der Internationale Zivilprozess. 1. Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht Rn. 34.

recht? Wann tritt im Sekundärprozess eine Streitverkündungswirkung ein? Klar ist, dass hierüber letztlich die im Sekundärprozess im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten berufenen Rechte entscheiden. Aber tritt die Streitverkündungswirkung kraft des in diesem Verhältnis berufenen Sachrechts ein oder kraft des den Sekundärprozess beherrschenden Verfahrensrechts und damit in grenzüberschreitenden Sachverhalten ggf. aufgrund einer *Anerkennung* der Bindungswirkung des (primären) Schiedsspruchs? Die Qualifikation erhält durch die unterschiedlichen Wurzeln der Streitverkündung im internationalen Vergleich<sup>5</sup> besondere Bedeutung: Richtet sich bspw. die Wirksamkeit einer im schweizerischen Zivilprozess nach Art. 78 Abs. 1 chZPO erklärten Streitverkündung im Regressprozess nach der Anwendbarkeit schweizerischen Sachrechts, *weil* die Streitverkündungswirkung im schweizerischen Recht aus einer materiellrechtlichen Pflicht des Dritten zur Unterstützung der Hauptpartei gefolgert wird?

Der Qualifikationsfrage ist im Folgenden nachzugehen. Es zeichnet sich schon jetzt ab, dass mit der Qualifikation „der Streitverkündung“ genau genommen einzelne Qualifikationsaufgaben hinsichtlich ihrer Auswirkung auf den Primärprozess und der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess verbunden sind. Vorerst sei jedoch vereinfachend von der Qualifikation „der Streitverkündung“ gesprochen.<sup>6</sup>

## I. Die Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht im Kollisionsrecht

Die Qualifikationsfrage, der hier nachgegangen wird, hat im Kollisionsrecht einen festen Platz: Das IZVR bestimmt das anwendbare Verfahrensrecht. Aufgrund der Vorherrschaft des *lex fori*-Prinzips<sup>7</sup>, das in dieser Arbeit nicht hinterfragt werden soll,<sup>8</sup> ist dies in internationalen Zivilprozessen in aller Regel das Prozessrecht

<sup>5</sup> S. zu den materiellrechtlichen Wurzeln im deutschen Recht oben § 6 I. 2. a) (S. 283 ff.), zur schweizerischen und österreichischen Rechtsordnung oben § 6 I. 2. b) (S. 285 ff.) und zum als Form der Rechtskraft verstandenen *vouching in* im US-amerikanischen Recht oben § 4 I. 2. a) aa) (S. 141 f.) mit Fn. 574.

<sup>6</sup> S. zur Untergliederung der Streitverkündung in einzeln zu qualifizierende Teile unten § 7 I. 2. (S. 323 f.).

<sup>7</sup> S. dazu etwa BGH WM 1977, 793, 794; BGH NJW 1985, 552, 553; *Brinkmann*, ZZP 129 (2016), 461 ff.; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 319 ff.; *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 1055; *Kronke*, ZZPInt 20 (2015), 399 ff.; *Riezler*, IZPR, 1949, S. 91 ff.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 45 ff.; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 348. Zum *common law* Englands *Briggs*, Private International Law, 2014, Rn. 3.157; *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, Rn. 4-001; *Carruthers*, ICLQ 53 (2004), 691, 693; *Garnett*, Substance and Procedure, 2012, Rn. 2.09 ff.; *Graveson*, Conflict of Laws, 6. Aufl. 1969, S. 629. Zum US-amerikanischen Recht *Gerber*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 113, 120.

<sup>8</sup> Mit Kritik am *lex fori*-Prinzip etwa *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rn. 136, 144; *Grunsky*, ZZP 89 (1976), 241 ff.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 48 f.; *Szászy*,

des Forums. Für Schiedsverfahren ist die Geltung des *lex fori*-Prinzips zwar weitaus weniger „zwingend“, da die Praktikabilitätserwägungen, mit denen es vorwiegend begründet ist,<sup>9</sup> hier weniger schwer wiegen.<sup>10</sup> Jedenfalls faktisch gilt das *lex fori*-Prinzip aufgrund seiner Verankerung als *lex loci arbitri*-Prinzip in Art. 1 Abs. 2 ModG jedoch weitgehend auch in der Schiedsgerichtsbarkeit (so auch in § 1025 Abs. 1 ZPO). Das IPR bestimmt die *lex causae*. Der Qualifikation kommt nun die Aufgabe zu, die jeweilige Regelung, das jeweilige Instrument etc. entweder der *lex fori* bzw. *lex loci arbitri* zuzuweisen oder der *lex causae*. Dies kann durch spezielle Qualifikationsnormen geschehen, wie sie vor allem im staatsvertraglichen und gemeinschaftsrechtlichen Bereich zur einheitlichen Qualifikation eingesetzt werden. So wird etwa die Bindungswirkung einer im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO oder des LugÜ vor staatlichen Gerichten erklärten Streitverkündung durch Art. 65 Abs. 2 EuGVVO, Art. II Abs. 3 von Protokoll 1 zum LugÜ vertragsautonom prozessrechtlich qualifiziert.<sup>11</sup> Für eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung existieren allerdings keine speziellen Qualifikationsnormen. Die Qualifikation richtet sich damit danach, ob das Instrument der Streitverkündung dem Prozessrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen ist.<sup>12</sup>

### 1. Die Qualifikation durch eine funktional-teleologische Abgrenzung von Prozessrecht und materiellem Recht

Demnach ist, bevor die Streitverkündung qualifiziert werden kann, zunächst festzulegen, wonach sich die Zuordnung zum Prozessrecht oder zum materiellen Recht richtet.

---

International Civil Procedure, 1967, S. 225; vorsichtig *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 333; aus der schweizerischen Literatur *I. Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 42.

<sup>9</sup> S. statt vieler *Brinkmann*, ZZP 129 (2016), 461, 467 ff.; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 322 f.; *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 1055; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 48; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 355 ff.

<sup>10</sup> S. hierzu noch entschiedener *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 342 („Praktikabilitätserwägungen kommen bei Schiedsverfahren nicht zum Tragen“).

<sup>11</sup> Zum LugÜ *Mansel*, Symposium Europäischer Binnenmarkt, 1995, S. 161, 210.

<sup>12</sup> Dies ist im Allgemeinen weitgehender Konsens. S. zur deutschen Rechtsordnung *Base-dow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 135; *Riezler*, IZPR, 1949, S. 103; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, Der Internationale Zivilprozess. 1. Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht Rn. 34; *MüKo-BGB/Sonnenberger*, Einl. IPR Rn. 432. Zur schweizerischen Rechtsordnung *Markus*, IZPR Schweiz, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 46. Zum *common law* Englands *Briggs*, Private International Law, 2014, Rn. 3.157; *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, Rn. 4-003 m. w. N. Zum US-amerikanischen Recht *Gerber*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 113, 120.

### a) Die funktionale Methode der Abgrenzung

Das Kollisionsrecht reißt das Verfahrens- und Sachrecht einer Rechtsordnung auseinander, wenn es unterschiedliche Rechtsordnungen für anwendbar erklärt. Sollen sich diese Teile zu einem möglichst lückenlosen und zugleich doppelungs-freien Gesamtbild zusammenfügen, das für eine adäquate Streitentscheidung notwendig ist, muss die Qualifikation einer Methode folgen, die möglichst unabhängig von den Eigenheiten einzelner Rechtsordnungen ist.

Darauf beruht zunächst die allgemeine Einsicht, dass eine Norm nicht nach ihrem systematischen Kontext qualifiziert werden kann.<sup>13</sup> Ebenso wenig – allerdings nur selten ausgesprochen – kann die Qualifikation davon abhängen, ob die Norm einen Sachverhalt mit materiellrechtlichen oder prozessualen *Mitteln* regelt:<sup>14</sup> Denn es ist in höchstem Maß ein Spezifikum der jeweiligen Rechtsordnung, ob ein Instrument mit prozessrechtlichen oder materiellrechtlichen Mitteln konstruiert wird und zudem regelmäßig austauschbar<sup>15</sup> – wie auch der Blick auf die historischen Wurzeln der Streitverkündung im deutschen Recht,<sup>16</sup> auf das schweizerische oder österreichische Recht<sup>17</sup> und das Gedankenexperiment zur Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung mit der Haftung für eine Freistellungspflicht<sup>18</sup> eindrucksvoll gezeigt hat. Von nationalen, systematischen und genetischen Eigenheiten weitgehend losgelöst ist alleine eine *funktional-teleologische* Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht, die sich in der deutschen Rechtsordnung etabliert hat.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> So schon Riezler, IZPR, 1949, S. 104; zudem Basedow, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 136; Geimer, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 54; Junker, IZPR, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 4 f.; Linke/Hau, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 2.20; MüKo-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 432. Zum *common law* Englands Dicey/Morris/Collins, Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, Rn. 4-004.

<sup>14</sup> Junker, IZPR, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 4 („Regelungstechnik“); Riezler, IZPR, 1949, S. 105; MüKo-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 432 mit Rn. 505.

<sup>15</sup> Geimer, IZPR, 8. Aufl. 2020, insb. Rn. 315 mit Rn. 56.

<sup>16</sup> Oben § 6 I. 2. a) (S. 283 ff.).

<sup>17</sup> Oben § 6 I. 2. b) (S. 285 ff.).

<sup>18</sup> Oben § 6 IV. (S. 298 ff.).

<sup>19</sup> Zur deutschen Rechtsordnung Basedow, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 134; Geimer, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 314; Junker, IPR, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 43; Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 119; Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 56 IV 1; Linke/Hau, IZVR, 9. Aufl. 2024, Rn. 2.20; Staudinger-BGB/Looschelders, Einleitung IPR Rn. 1091 ff.; MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 28; Riezler, IZPR, 1949, S. 105; MüKo-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 432. Zur schweizerischen Rechtsordnung I. Meier, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 5.



*b) Keine allgemeine Vorzugstendenz und keine einzelfallbezogene Qualifikation*

In der Literatur wird nun teilweise dafür plädiert, von dieser funktional-teleologischen Qualifikation durch eine allgemeine Vorzugstendenz zugunsten einer materiellrechtlichen oder andersherum einer prozessrechtlichen Qualifikation abzuweichen oder aber die Qualifikation einzelfallbezogen nach dem Kriterium der Entscheidungseffizienz vorzunehmen. Dies würde sich erheblich auf die Methode der Qualifikation auswirken und bedarf daher einer kritischen Würdigung:

*aa) Gegen eine Tendenz zur materiellrechtlichen Qualifikation*

Im deutschen Recht wird in einigen Bereichen eine Tendenz zur materiellrechtlichen Qualifikation beobachtet, was sich etwa hinsichtlich der Aufrechnung, der Verjährung oder im Beweisrecht zeigt.<sup>20</sup> Nach der plausiblen Einschätzung von *Basedow* geht dieser Trend allerdings nicht auf kollisionsrechtliche Wertungen zurück, sondern auf das – in dieser Untersuchung bereits aufgeworfene<sup>21</sup> – „säkularre Bestreben der Rechtswissenschaft, das Prozeßrecht in eine dienende Funktion zurückzudrängen.“<sup>22</sup> Gleichmaßen wie dieses Bestreben, ist auch eine Tendenz zur materiellrechtlichen Qualifikation abzulehnen.

*bb) Gegen eine einzelfallbezogene Qualifikation nach der Entscheidungseffizienz*

Aus Sicht des Forums und angesichts der Vorherrschaft des *lex fori*-Prinzips führt eine materiellrechtliche Qualifikation freilich zur Anwendung ausländischen Rechts. Soweit hierdurch mittelbar das Verfahren rechtsordnungs- bzw. forumsfremd zu gestalten ist, kann dies zu organisatorischen Herausforderungen führen und die Entscheidungseffizienz beeinträchtigen.<sup>23</sup> Teilweise wird vor diesem Hintergrund vorgeschlagen, die Qualifikation einer Norm als materiellrechtlich unter den Vorbehalt zu stellen, dass nicht im Einzelfall die Anwendung der *lex fori* zur Förderung der Entscheidungseffizienz geboten ist.<sup>24</sup> Dieser Ansatz, die funktionale Qualifikation mit einer einzelfall- und ergebnisbezogenen Qualifikation nach der

---

<sup>20</sup> Stein/Jonas/Schumann, Einl. Rn. 738 („möglichst materiellrechtlich ein[zu]ordnen“); zum Beweisrecht *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rn. 658. Allgemein mit der Einschätzung *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 137; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 325; *Grunsky*, ZZP 89 (1976), 241, 246 ff.

<sup>21</sup> Oben § 61. I. a) (S. 279 ff.) mit Nachweisen insbesondere in Fn. 1216.

<sup>22</sup> *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 138.

<sup>23</sup> *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 138 f.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 48; zum *common law* Englands *Carruthers*, ICLQ 53 (2004), 691, 693; zum US-amerikanischen Recht *Felix/Whitten*, American Conflicts Law, 6. Aufl. 2011, S. 218.

<sup>24</sup> *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rn. 658. Ähnlich macht *Grunsky*, ZZP 89 (1976), 241, 254 f. die Anwendung der *lex fori* davon abhängig, ob es der ausländischen Partei im Einzelfall möglich und zumutbar ist, „ihr prozessuales Verhalten am deutschen Verfahrensrecht auszurichten“.

Entscheidungseffizienz zu überlagern, ist mit Blick auf das internationale Parkett nicht neu.

Noch weiter liegt die in den Rechtsordnungen des *common law*, insbesondere im US-amerikanischen Recht, gezogene Abgrenzung von *substance* und *procedure* in den Händen der Rechtsanwendung, die im Anschluss an einen viel beachteten Aufsatz von *Cook*<sup>25</sup> verbreitet allein nach „(in)convenience“ vorgenommen wird:<sup>26</sup> „If we admit that the ‚substantive‘ shades off by imperceptible degrees into the ‚procedural‘, and that the ‚line‘ between them does not ‚exist‘, to be discovered merely by logic and analysis, but is rather to be drawn so as best to carry out our purpose, we see that our problem resolves itself substantially into this: How far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself?“<sup>27</sup> Wie *Gerber* für die US-amerikanische Rechtspraxis aufgezeigt hat, hat diese zwar immer wieder versucht, das schwer greifbare Kriterium der „(in)convenience“ durch rechtssicherere Abgrenzungskriterien auszutauschen.<sup>28</sup> Insgesamt ist die Qualifikation im US-amerikanischen Recht jedoch ein „case-by-case“<sup>29</sup> von Erwägungen vor allem zur Entscheidungseffizienz bestimmtes „escape device“<sup>30</sup> geblieben.

Für vom *case law* geprägte Rechtsordnungen mag diese Methode zugänglicher sein als für kontinentaleuropäisch geprägte. Jedenfalls für die deutsche Rechtsordnung ist die Überlagerung der funktionalen Abgrenzung mit einer einzelfallbezogenen Zuordnung nach der Entscheidungseffizienz jedoch abzulehnen.<sup>31</sup> Denn sie würde die Qualifikation weitgehend in das Ermessen des entscheidenden Gerichts stellen und dadurch für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen:<sup>32</sup> Was die Entscheidungseffizienz – woran auch immer gemessen: *zu stark* – einschränkt, dürfte weitgehend vom Empfinden, der Expertise und der sachlichen wie personellen Ausstattung des jeweiligen Spruchkörpers abhängen. Außerdem ermöglicht eine Qualifikation nach der Auswirkung auf das einzelne Verfahren, die in jedem Fall anders

<sup>25</sup> *Cook*, Yale L. J. 42 (1933), 333 ff.; mit einer Einschätzung zur Resonanz des Aufsatzes *Gerber*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 113, 121: „Professor Cook’s position regarding the substance-procedure distinction has become core doctrine in conflicts law [...]“.

<sup>26</sup> Im US-amerikanischen Recht im Anschluss an *Cook Carruthers*, ICLQ 53 (2004), 691, 710 f.; für eine ergebnisbezogene Abgrenzung wohl auch *Felix/Whitten*, American Conflicts Law, 6. Aufl. 2011, S. 219 f., wenn auch mit Betonung der Notwendigkeit einer Zweckanalyse und damit einer funktionalen Betrachtung. Aus dem englischen Recht *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, Rn. 4-004; mit Gedanken in Richtung einer rein funktionalen Abgrenzung aber *Graveson*, Conflict of Laws, 6. Aufl. 1969, S. 630 f.; in der Tendenz kritisch zum *convenience approach* *Garnett*, Substance and Procedure, 2012, Rn. 2.19 f.

<sup>27</sup> *Cook*, Yale L. J. 42 (1933), 333, 343 f.

<sup>28</sup> *Gerber*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 113, 123 ff.

<sup>29</sup> *Felix/Whitten*, American Conflicts Law, 6. Aufl. 2011, S. 220.

<sup>30</sup> *Felix/Whitten*, American Conflicts Law, 6. Aufl. 2011, S. 215, 219.

<sup>31</sup> So auch *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 138; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 333.

<sup>32</sup> Deutlich schon *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 138: „Die Rechtsanwendungsfrage kann nicht dem Gericht überlassen bleiben nach der Maxime: ‚Wenn ausländisches Recht zuviel [sic] Mühe macht, wenden wir eben deutsches an‘.“

sein kann, keine einheitliche Qualifikation, was die Rechtsunsicherheit weiter verstärkt. Schließlich steht die Abwägung der Entscheidungseffizienz gegen die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit dem Gesetzgeber zu.<sup>33</sup> Mit anderen Worten: Ist eine Regelung nach funktional-teleologischer Analyse dem materiellen Recht zuzuordnen, dann ist die Entscheidung des Gesetzgebers einer möglichen Kollisionsnorm bzw. die Wahl eines bestimmten Sachrechts durch die Parteien zu respektieren. Möchte der Gesetzgeber eine Regelung unabhängig von ihrer funktionalen Einordnung der *lex fori* unterstellen, kann er dies durch eine entsprechende Qualifikationsnorm tun.

#### cc) Gegen eine Tendenz zur prozessrechtlichen Qualifikation

Zu erwägen bleibt damit noch, ob die kollisionsrechtliche Wertung der Entscheidungseffizienz möglicherweise losgelöst vom Einzelfall eine allgemeine Qualifikationstendenz zugunsten einer prozessrechtlichen Einordnung begründet. *Basedow* spricht sich hierfür unter Stütze auf die obige Prämisse aus, die Anwendung verfahrensgestaltenden ausländischen Sachrechts bedrohe möglicherweise die Entscheidungseffizienz: Die prozessrechtliche Qualifikation müsse daher die Regel bleiben. Eine materiellrechtliche Qualifikation sei nur vorzunehmen, „wo der Bezug zum materiellen Recht eindeutig überwiegt“<sup>34</sup>.

Auch eine solche Qualifikationstendenz ist jedoch abzulehnen:<sup>35</sup> Es ist zunächst nicht einzusehen, warum der Wertung der Entscheidungseffizienz *allgemein* eine Vorrangstendenz und damit mehr Gewicht als der hinter der Bestimmung der *lex causae* stehenden internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit eingeräumt werden sollte.<sup>36</sup> Möchte der Gesetzgeber einen funktionalen Normbereich der *lex fori* unterstellen, kann er dies durch eine entsprechende Qualifikationsnorm tun. Durch den Einbezug der Entscheidungseffizienz als weiteres Kriterium der Qualifikation ist zudem nicht an Rechtssicherheit gewonnen. Im Gegenteil: Zwar ist auch eine funktional-teleologische Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht nicht trennscharf möglich. *Henckel* hat selbst festgestellt, dass eine Regelung nicht stets einem Lebensbereich zugeordnet werden kann, sondern sich beide Lebensbereiche in einer Regelung „überlagern dürfen, ohne einander aufzuheben“<sup>37</sup>. Es ist im

---

<sup>33</sup> *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 138.

<sup>34</sup> *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 131, 140.

<sup>35</sup> Wie hier bereits *MüKo-BGB/Sonnenberger*, Einl. IPR Rn. 432 („ein wie auch immer beschaffener Vorrang der Qualifizierung einer Norm als verfahrensrechtlicher Natur ist bei funktionaler Qualifikation nicht anzuerkennen“) sowie *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 52 im Umkehrschluss aus Fn. 18; *Riezler*, IZPR, 1949, S. 104: „Trotzdem wäre es methodisch und sachlich verfehlt, auf dem Wege der prozessualen Qualifikation zu einer Erweiterung oder Beschränkung der materiellen Rechte der Parteien zu kommen, deren Beurteilung nach der gegebenen Kollisionsordnung des Internationalen Privatrechts zu erfolgen hat.“

<sup>36</sup> Mit diesem Gedanken schon *Riezler*, IZPR, 1949, S. 104.

<sup>37</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 25.

Kollisionsrecht, das eine eindeutige Zuordnung erfordert, somit der Schwerpunkt der Regelung zu ermitteln.<sup>38</sup> Eine Abgrenzung nach der Funktion zwingt jedoch zumindest nach einer gründlichen Analyse der betreffenden Regelung und nach einer Rechtfertigung der Qualifikation in die eine *oder* in die andere Richtung. Demgegenüber eröffnet der Einbezug der Entscheidungseffizienz das Argument, dass die betreffende Regelung „zwar schon irgendwie“ eine materiellrechtliche Funktion habe, allerdings keine „für einen eindeutigen Bezug zum materiellen Recht hinreichende“. Immerhin sind die meisten Verfahrensvorschriften auf das materielle Recht bezogen<sup>39</sup> – wann aber ist der Bezug *eindeutig*? Es wäre somit die Tür dafür geöffnet, Erwägungen zur Entscheidungseffizienz im konkreten Verfahren – im Sinne des (*in*)*convenience approach* des *common law* – in der Qualifikationstendenz zu tarnen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine nicht vorgeprägte funktional-teleologische Analyse als die transparenteste und insofern auch rechtssicherste Abgrenzungsmethode.

Im Übrigen erscheint das Forum auch ohne Tendenz (oder einzelfallbezogenem Vorbehalt) zugunsten einer prozessrechtlichen Qualifikation ausreichend geschützt. Denn eine Qualifikation nach der Funktion und Teleologie zielt darauf ab, dahin vorzudringen, ob die jeweilige Regelung im Sinne der von *Henckel* entwickelten Trennlinie<sup>40</sup> das Verhalten von Menschen in einem Prozess der Streitbeilegung durch Rechtsfeststellung und -durchsetzung bzw. anderweitiger Erledigung regelt oder aber das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar außerhalb eines solchen Prozesses begegnen. Danach zum Kern einer Regelung vorgedrungen, wird sie *jedenfalls dann* als prozessrechtlich zu qualifizieren sein, wenn und weil sie empfindlich in den organisatorischen Ablauf des Entscheidungsfindungsprozesses eingreift.

*c) Folgerung: Funktional-teleologische Abgrenzung von Prozessrecht und materiellem Recht*

Folglich ist das Prozessrecht vom materiellen Recht – mit dem im deutschen Recht wohl herrschenden Verständnis – im Kollisionsrecht anhand der Funktion und Teleologie der betreffenden Regelung – und falls vorhanden: der einschlägigen Kollisionsnorm – zu qualifizieren, ohne dass eine Tendenz in die eine oder andere Richtung vorgegeben oder ein einzelfallbezogener Vorbehalt begründet ist.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Deutlich bei *I. Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 15 f.; MüKo-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 432.

<sup>39</sup> *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 49.

<sup>40</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 24 f.

<sup>41</sup> S. etwa *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 57; *Riezler*, IZPR, 1949, S. 104 f.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 52 mit Fn. 18; MüKo-BGB/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 432; im Ansatz auch *Brinkmann*, ZZP 129 (2016), 461, 473. Aus der schweizerischen Literatur *Marx*, IZPR Schweiz, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 46.

## 2. Die Qualifikation funktionaler Einheiten

In den bisherigen Ausführungen wurde vereinfachend von der Qualifikation „einer Norm“, „einer Regelung“ bzw. „der Streitverkündung“ gesprochen. Dies ist zu präzisieren: Mehrere Normen mögen einen Sachverhalt regeln, eine oder mehrere Regelungen zu einem Instrument oder Institut zusammenzufassen sein. Infolge der funktionalen Methode sind allerdings nicht bestimmte dieser Stufen zu qualifizieren, sondern stets funktionale Einheiten.<sup>42</sup> Soweit Institute, Instrumente bzw. Regelungen verschiedene Funktionen umfassen, sind sie daher in jeweils einzeln zu qualifizierende funktionale Einheiten aufzugliedern oder andersherum zu solchen zusammenzufassen.

An der viel diskutierten Qualifikation „der Gerichtsstandsvereinbarung“ lässt sich dies gut veranschaulichen. Zulässigkeit und de- bzw. prorogierende Wirkung der Gerichtsstandsvereinbarung sind aufgrund ihrer Funktion als prozessrechtlich zu qualifizieren.<sup>43</sup> Gleichwohl ordnet die heute herrschende Ansicht und stetige Rechtsprechung ihr Zustandekommen – jenseits spezieller Qualifikationsnormen wie Art. 25 Abs. 1 EuGVVO (der das Zustandekommen der *lex fori prorogati* unterstellt)<sup>44</sup> – dem materiellen Recht zu.<sup>45</sup> Hierfür besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis, denn wurde die Gerichtsstandsvereinbarung als Teil eines Hauptvertrags abgeschlossen, dessen Inhalt dem materiellen Recht zuzuordnen ist, wären sonst bei insgesamt prozessrechtlicher Qualifikation „der Gerichtsstandsvereinbarung“ unter Umständen die Voraussetzungen zweier Rechtsordnungen zu erfüllen, um beide Vereinbarungen wirksam zustande zu bringen.<sup>46</sup> Dies vor Augen, wurde die Untergliederung der Gerichtsstandsvereinbarung in die einzeln zu qualifizierenden Einheiten ihres Inhalts und ihrer Wirksamkeitsvoraussetzungen etwa von Wagner als kollisionsrechtliche Zweckmäßigkeitserwägung abgelehnt.<sup>47</sup> Ließe sich die unterschiedliche Qualifikation nur hiermit begründen, wäre sie in der Tat abzulehnen.<sup>48</sup> Sie ist jedoch schon eine Konsequenz der funktionalen

<sup>42</sup> Explizit *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 57.

<sup>43</sup> Heute allgemeine Auffassung, s. statt vieler *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 1677; *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Rn. 7.7; *Musielak/Voit/Heinrich*, § 38 Rn. 3; *Junker*, IZPR, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6; *MüKo-ZPO/Patzina*, § 38 Rn. 31; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 543; *Zöller/Schultzky*, § 38 Rn. 4; m.N. zu früheren abweichenden Auffassungen *Gottwald*, FS Henckel, 1995, S. 295, 297.

<sup>44</sup> S. dazu nur *Geimer/Schütze-EuZVR/Geimer*, Art. 25 EuGVVO Rn. 15 (insoweit kritisch zur Regelung und m.w.N.); *MüKo-ZPO/Gottwald*, Art. 25 EuGVVO Rn. 18; *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Rn. 7.7.

<sup>45</sup> S. etwa BGHZ 49, 384, 387; BGHZ 59, 23, 26 f.; BGH NJW 1983, 2772, 2773; BGH NJW 1986, 1438, 1439; BGH NJW 2020, 399, 401; *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 1677; *Gottwald*, FS Henckel, 1995, S. 295, 296 ff. (eingehend zum Streitstand); *Musielak/Voit/Heinrich*, § 38 Rn. 3; *Junker*, IZPR, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6; *Kropholler*, Hdb. IZVR, Bd. 1, 1982, S. 197, 389; *MüKo-ZPO/Patzina*, § 38 Rn. 31; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 543; *Zöller/Schultzky*, § 38 Rn. 5; *Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann*, § 38 Rn. 35.

<sup>46</sup> Hierauf hinweisend etwa *Gottwald*, FS Henckel, 1995, S. 295, 298; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 349 f.

<sup>47</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 353.

<sup>48</sup> Die unterschiedliche Qualifikation hiermit begründend aber *Roth*, ZZP 93 (1980), 156, 164 f.

Methode: Denn soweit es um das wirksame Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung geht, sind ausschließlich Sollensanordnungen betroffen, die das Verhalten der Rechtssubjekte im Lebensbereich außerhalb eines Prozesses der Streitbeilegung regeln – soweit es um die Zulässigkeit und Wirkung der De- und Prorogation geht, ausschließlich Sollensanordnungen im Lebensbereich innerhalb eines Prozesses der Streitbeilegung.<sup>49</sup> Das Zustandekommen und die Rechtsfolgen der Gerichtsstandsvereinbarung sind somit zwei einzeln zu qualifizierende funktionale Einheiten. *Henckel* hatte dies bereits festgestellt: „Ist somit der Prorogationsvertrag eine Prozeßhandlung, so müssen seine Voraussetzungen deshalb nicht prozessual sein. [...] Das Prozeßrecht kann auf materiellrechtliche Gültigkeitsvoraussetzungen verweisen.“<sup>50</sup>

Das Instrument der Streitverkündung ist vor diesem Hintergrund in die einzeln zu qualifizierenden Teile ihrer Auswirkung auf den Primärprozess in Form der streitverkündungsbedingten Intervention des Dritten und der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess zu untergliedern.<sup>51</sup>

## II. Die Qualifikation der Streitverkündung

Aufgrund der funktionalen Methode gilt die nachfolgende Qualifikation – jenseits spezieller Qualifikationsnormen<sup>52</sup> – unabhängig davon, ob die Streitverkündung in einem deutschen Zivilprozess oder in einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mit deutschem Schiedsort<sup>53</sup> erklärt wird und in welchem der beiden Streitbeilegungsmechanismen die Streitverkündungswirkung eintreten soll. Zudem ist infolge der funktionalen Abgrenzung unerheblich, ob die Streitverkündungswirkung mit prozessrechtlichen oder materiellrechtlichen *Mitteln* konstruiert ist.

Insofern kann die Streitverkündungswirkung im schweizerischen Recht nicht schon deswegen als materielles Recht qualifiziert und daher der *lex causae* (des Sekundärprozesses) zugeordnet werden, weil sie als Folge der Haftung des Dritten für eine aus Treu und Glauben abgeleitete materiellrechtliche Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei verstanden wird. Gleiches gilt für das oben entwickelte Gedankenexperiment, eine arbitrale Streitverkündungswirkung als Haftung des Dritten für eine aus § 241 Abs. 2 BGB entnommene Freistellungspflicht zu konstruieren.

<sup>49</sup> Deziert *Hausmann*, FS W. Lorenz, 1991, S. 359, 361 f.

<sup>50</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 35; zustimmend *Gottwald*, FS Henckel, 1995, S. 295, 300.

<sup>51</sup> Sowie der verjährungshemmenden Wirkung, wobei diese von der Untersuchung ausgeschlossen ist, s. oben § 1 II. (S. 32 f.).

<sup>52</sup> Wie sie für eine in staatlichen Zivilprozessen erklärte Streitverkündung in ihrem Anwendungsbereich die Art. 65 Abs. 2 EuGVVO; Art. II Abs. 3 von Protokoll 1 zum LugÜ enthalten.

<sup>53</sup> Liegt der Schiedsort außerhalb von Deutschland, ist nicht auszuschließen, dass die Rechtsordnung, dem das ausländische Schiedsverfahrensrecht entstammt, spezielle Qualifikationsnormen aufweist oder nach dem Verständnis der Rechtsordnung nach anderer Methode qualifiziert wird.

Stattdessen richtet sich die Qualifikation danach, ob die Streitverkündungsbedingte Intervention des Dritten bzw. die Streitverkündungswirkung darauf abzielt, das Verhalten von Menschen in einem Prozess der Streitbeilegung durch Rechtsfeststellung und -durchsetzung zu regeln oder aber das Verhalten in Lebensbereichen außerhalb dessen.<sup>54</sup>

## 1. Die (streitverkündungsbedingte) Intervention im Primärprozess

Die (streitverkündungsbedingte) Nebenintervention ist hiernach dem Prozessrecht zuzuweisen: Ihre Funktion, die Zweiparteienstruktur der Streitbeilegung um eine akzessorische Mitwirkung des Dritten aufzulockern – aus Sicht der Hauptpartei, um Unterstützung durch den Dritten zu erhalten und die Streitverkündungswirkung zu legitimieren; aus Sicht des Dritten, um sich ggf. proaktiven Rechtsschutz zu verschaffen – zielt ausschließlich auf den Prozess der Rechtsfeststellung ab. Es ist der einhelligen Auffassung im deutschen und der überwiegenden Auffassung im schweizerischen Recht daher beizupflichten, dass sämtliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Streitverkündung im Hinblick auf den Primärprozess und der Intervention nach der *lex fori* bzw. der *lex arbitri* anzuknüpfen sind.<sup>55</sup>

## 2. Die Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess

Die Qualifikation der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess erscheint demgegenüber komplexer. Denn wie in dieser Arbeit an verschiedenen Stellen hervorgetreten, ist die Streitverkündungswirkung – unabhängig von ihrer Konstruktion – tief im materiellrechtlichen Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten verwurzelt: Das (potenzielle<sup>56</sup>) Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten und der Erhalt der behaupteten, daraus hervorgehenden materiellen Rechtsposition (der Regressanspruch etc.) ist die Motivation, der *Grund*, für die Streitverkündung. Zudem leistet die Existenz des im Zeitpunkt der Streitverkündung zugrunde lie-

<sup>54</sup> S. dazu allgemein oben § 7 I. 1. c) (S. 322 f.).

<sup>55</sup> In der deutschen Rechtswissenschaft wird nur die Interventions- bzw. Streitverkündungswirkung eingeordnet und von der prozessualen Qualifikation der Intervention implizit ausgegangen (s. dazu die Nachweise unten in Fn. 66). Zur schweizerischen Rechtsordnung *Dätwyler*, Drittbeteiligung, 2005, S. 140; *BaslerKo-chZPO/Frei*, Art. 78 Rn. 19; *DikeKo-chZPO/Göksu*, Art. 78 Rn. 20; *BaslerKo-chZPO/Graber*, Art. 75 Rn. 19; *Schwander*, ZZZ 2007, 353, 369; *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 213. Mit einer materiellrechtlichen Einordnung speziell des Streitverkündungsgrunds als mögliches Interventionsinteresse aber *Schwander*, ZZZ 2007, 353, 369.

<sup>56</sup> Der Zusatz wäre für die Konstellationen der alternativen Gläubiger- und Schuldnerschaft notwendig, *soweit* es in diesen an einem im Zeitpunkt der Annahme der Streitverkündungswirkung an einem Schuldverhältnis fehlt, das nicht mit dem Bestand des streitgegenständlichen Anspruchs gegen den Dritten steht und fällt. S. dazu, dass eine entsprechende Ausweitung des Anwendungsbereichs für Schiedsverfahren nicht übernommen werden sollte, oben § 6 IV. 2. a) aa) (S. 303 f.).



genden Rechtsverhältnisses einen Beitrag dazu, die Bindung des Dritten an Feststellungen aus einem für ihn „fremden“ Prozess zu erklären.<sup>57</sup> Die Streitverkündungswirkung ist somit in besonderer Weise, insbesondere deutlich weiter als die Rechtskraft,<sup>58</sup> materiellrechtlich fundiert.<sup>59</sup> Sie ist Kognition kraft des durch den Streitverkündungsgrund vermittelten Sachzusammenhangs.<sup>60</sup>

Das Vorstehende betrifft jedoch ihren legitimatorischen Ursprung, nicht ihre Funktion: Wie die Analyse hervorgebracht hat, soll die Streitverkündung die Hauptpartei primär vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts befreien, das aus der Struktur der Streitbeilegung folgt und sich nur im Prozess der Rechtsfeststellung zu realisieren droht.<sup>61</sup> Ihre primäre Funktion ist mit anderen Worten der *Schutz vor einem vom Prozessrecht geschaffenen und im Prozess bestehenden Risiko*. Gleichmaßen bezieht sich der sekundäre Zweck, den Dritten durch den Druck der Streitverkündungswirkung zur Unterstützung im Primärprozess zu bewegen,<sup>62</sup> auf den Prozess der Rechtsfeststellung. In ihrem *Wirkbereich* spiegelt sich dies wider.<sup>63</sup> Die Streitverkündungswirkung präkludiert den Dritten in tatsächlicher Hinsicht mit dem Einwand der Unrichtigkeit bestimmter primärgerichtlicher Feststellungen und ist im Hinblick auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts sogar unmittelbare Entscheidungsregel<sup>64</sup> für das Gericht im Sekundärprozess. Hingegen regelt sie nicht das Verhalten außerhalb eines Prozesses der Rechtsfeststellung, was insbesondere dadurch verdeutlicht wird, dass die Streitverkündung den Dritten nicht *eo ipso* zur (außerprozessualen) Unterstützung verpflichtet und eine unterlassene Unterstützung grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch der Hauptpartei begründet.<sup>65</sup>

Die Streitverkündungswirkung und ihre Voraussetzungen, mit der sie eine funktionale Einheit bildet, sind vor diesem Hintergrund prozessrechtlich zu qualifizieren und also nach der *lex fori* bzw. *lex arbitri* anzuknüpfen.<sup>66</sup> Die Streitver-

<sup>57</sup> S. dazu oben § 6 IV. 2. a) aa) (S. 303 f.).

<sup>58</sup> R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 117.

<sup>59</sup> R. Bruns, FS Schima, 1969, S. 111, 117; K.-P. Martens, Z郑 85 (1972), 77, 80 f.; I. Meier, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 67; K.J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228, 230 ff.; K.J. Wach, FS Elsing, 2015, S. 611, 614 ff.; in kollisionsrechtlichem Kontext Grunsky, Z郑 89 (1976), 241, 251 f.

<sup>60</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. b) aa) (4) (S. 148 f.) und Mansel, Z郑 109 (1996), 61, 63; Mansel, Symposium IZVR, 1994, S. 63, 76.

<sup>61</sup> S. zu diesem Interesse oben § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>62</sup> S. dazu oben § 3 II. (S. 103 ff.).

<sup>63</sup> Dies betonend Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 34.

<sup>64</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) aa) (S. 74 ff.) mit Fn. 226 und oben § 6 IV. 2. c) bb) (1) (S. 309 f.).

<sup>65</sup> S. dazu oben § 6 III. 2. a) (S. 295 ff.).

<sup>66</sup> Nahezu einhellige Auffassung, vgl. BGHZ 36, 212, 215; Zöller/Althammer, § 68 Rn. 1; Häsemeyer, Z郑 84 (1971), 179, 191; Jacoby, Musterprozeßvertrag, 2000, S. 34; Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 135 ff.; Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 27;

kündigungswirkung lässt sich mit *Meier* am besten als „ein prozessuales Institut mit weitgehender Vorbestimmung durch das [materielle] Privatrecht“<sup>67</sup> charakterisieren.

Sofern dem Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten nach deutschem materiellem Recht im Einzelfall eine Unterstützungspflicht entnommen werden kann, zielt sie demgegenüber gerade auch auf diesen Lebensbereich ab. Die Haftung des Dritten für die Unterstützungspflicht ist damit samt der faktischen Bindungswirkung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB (i. V. m. *nemo auditur*) materiellrechtlich zu qualifizieren und also nach der *lex causae* im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten anzuknüpfen.<sup>68</sup> Denn die faktische Bindungswirkung stellt nur eine untergeordnete Folge der Ersatzpflicht für sämtliche aus dem negativen Primärurteil resultierenden Schäden dar.<sup>69</sup>

Die Streitverkündungswirkung nach Art. 80, 77 chZPO, die zu derjenigen nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO eine praktisch identische Funktion erfüllt, ist nach funktionaler Methode ebenfalls prozessrechtlich zu qualifizieren. Dass ein großer Teil der schweizerischen Rechtswissenschaft die Streitverkündungswirkung noch immer materiellrechtlich qualifiziert, dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass eine systematische Trennung des materiellen Rechts vom Prozessrecht das rechtswissenschaftliche Verständnis noch immer prägt. Entgegen dem, was die deutsche Kommentarliteratur teilweise suggeriert,<sup>70</sup> wird die Streitverkündungswirkung in der schweizerischen Rechtswissenschaft jedoch keineswegs übereinstimmend dem materiellen Recht und damit der *lex causae* im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten zugeordnet. Vielmehr dürften sich die Stimmen für und gegen eine Zuordnung zur *lex fori* oder zur *lex causae* in etwa die Waage halten.<sup>71</sup>

---

*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 51 Rn. 25; *Wieser*, ZZP 79 (1966), 246, 284 f.; *Ziegert*, Interventionswirkung, 2003, S. 16 f.; a. A. (materiellrechtliche Natur) aber *K. J. Wach*, SchiedsVZ 2020, 228, 233; zudem *Grunsky*, ZZP 89 (1976), 241, 257 f. Der Entscheidung RGZ 77, 14, 17 ist keine materiellrechtliche Einordnung der Streitverkündungswirkung zu entnehmen. Das Reichsgericht hält es lediglich für möglich, dass aus dem materiellen Recht heraus eine streitverkündungsähnliche Bindungswirkung eintritt.

<sup>67</sup> *I. Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 67.

<sup>68</sup> So schon *Riehm*, ZZP 134 (2021), 3, 39.

<sup>69</sup> S. dazu oben § 6 III. 1. (S. 292 ff.).

<sup>70</sup> So etwa *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 27. Das dort gegebene Beispiel trifft zudem in der Prämisse nicht zu: Auch diejenigen, die die Streitverkündungswirkung in der schweizerischen Rechtswissenschaft nach der *lex causae* anknüpfen, beziehen sich auf die *lex causae* im Verhältnis der Hauptpartei zum Dritten und damit auf die „des Sekundärprozesses“ (s. die Fundstellen in der nachfolgenden Fn. 71). Nach dem Beispiel von *Mansel* soll die Streitverkündungswirkung aber der *lex causae* des Primärprozesses zu entnehmen sein.

<sup>71</sup> Für eine Anknüpfung an die *lex fori* *DikeKo-chZPO/Göksu*, Art. 80 Rn. 19; *I. Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht, 1992, S. 1, 67; *E. Staehelin*, Nebenparteien, 1981, S. 132; *A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund*, ZPR Schweiz, 2. Aufl. 2013, § 13 Rn. 73; *Takei*, Streitverkündung, 2005, S. 216 f. Für eine Anknüpfung an die *lex causae* *BaslerKo-chZPO/Graber*, Art. 78 Rn. 12; *Schwander*, ZZZ 2007, 353, 369 f.; *Wälder*, Schweizerisches IZPR, 1989, S. 190; *BernerKo-chZPO/Zuber/Gross*, Art. 77 Rn. 36. Für eine Kumulation von Anknüpfung an die *lex causae* und an das den Sekundärprozess beherrschende Anerkennungsrecht *Guldener*, ZSR 68 (1949), 235, 251.

### III. Konsequenzen aus der prozessrechtlichen Qualifikation der Streitverkündung für internationale Schiedsverfahren

Die prozessrechtliche Qualifikation der (streitverkündungsbedingten) Intervention und der Streitverkündungswirkung wirft die Frage auf, welche Konsequenzen daraus für die Gebrauchsmöglichkeit einer Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren zu ziehen sind. Hierzu sei der Blick in die Zukunft gerichtet und einmal davon ausgegangen, dass in den §§ 1025 ff. ZPO Regelungen für eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung aufgenommen worden sind (im Folgenden die „§§ 1025 ff. ZPO n.F.“).

Infolge der prozessrechtlichen Qualifikation und der Anknüpfung an das Schiedsverfahrensstatut, kann der Streit im Primärverfahren nur dann zulässigerweise erklärt und in dieses interveniert werden, wenn die §§ 1025 ff. ZPO n.F. Anwendung finden.<sup>72</sup> Hinsichtlich der Streitverkündungswirkung eröffnet die prozessrechtliche Qualifikation demgegenüber zwei Möglichkeiten: Sie ist *anzuwenden*, wenn die Regelung der Streitverkündungswirkung in den §§ 1025 ff. ZPO n.F. einen *Normanwendungsbefehl* für das im Sekundärprozess entscheidende Gericht enthält (s. dazu unten § 7 III. 1.). Ist dies nicht der Fall, kann die Streitverkündungswirkung aus dem primären Schiedsverfahren nach dem im Sekundärprozess berufenen Verfahrensrecht *möglicherweise als Urteilstwirkung anzuerkennen sein* (s. dazu unten § 7 III. 2.).

Wäre die Streitverkündungswirkung materiellrechtlich zu qualifizieren und damit nach der *lex causae* (im Sekundärprozess) anzuknüpfen gewesen, hätte sie das Gericht im Sekundärprozess als Teil des berufenen Sachrechts anzuwenden. Die Streitverkündungswirkung würde dann stets durch unmittelbaren Normanwendungsbefehl eintreten; und wäre in der einschlägigen Terminologie eine Tatbestandswirkung.<sup>73</sup> Die Frage nach ihrer Anerkennung könnte sich dann nicht stellen.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> S. zur Bedeutung des Schiedsorts in diesem Zusammenhang aber noch unten § 7 III. 1. b) (S. 330 ff.).

<sup>73</sup> S. zum Begriff etwa *Geimer*, IZPR, 8. Aufl. 2020, Rn. 2786; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 190 S. 1410 f.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 928; *K. Müller*, ZZP 79 (1966), 199, 201.

<sup>74</sup> Deutlich wird dies für die Streitverkündungswirkung nach Art. 80, 77 chZPO bei *Schwander*, ZZZ 2007, 353, 369 f., der diese materiellrechtlich qualifiziert und insofern konsequent auch ausländische Streitverkündungswirkungen nicht dem Anerkennungsrecht unterstellt. Allgemein dazu, dass Tatbestandswirkungen nicht dem Anerkennungsrecht unterstehen *Zöller/Geimer*, § 328 Rn. 29; *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2, 1984, § 190 S. 1409 f.; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 184; *K. Müller*, ZZP 79 (1966), 199, 241 ff.; *Schack*, IZVR, 9. Aufl. 2025, Rn. 928; a. A. *Wieczorek/Schütze/Schütze*, § 328 Rn. 10. Im Rahmen der Auslegung kann die Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Entscheidung jedoch zur Voraussetzung der Tatbestandswirkung zu machen sein (s. m. w. N. nur *Martiny*, HdB IZVR, 1984, Rn. 432; *MüKo-ZPO/Gottwald*, § 328 Rn. 185; *K. Müller*, ZZP 79 (1966), 199, 243).

## 1. Eintritt der Streitverkündungswirkung kraft „Anwendung“

Voraussetzung für den Eintritt einer in den §§ 1025 ff. ZPO n.F. geregelten Streitverkündungswirkung kraft Anwendung ist zunächst, dass das primäre Schiedsverfahren den §§ 1025 ff. ZPO n.F. unterliegt. Denn nur dann können die mit der Streitverkündungswirkung korrespondierenden Voraussetzungen (interventionsfähiger Rechtsstreit; bestimmte Rechtsstellung des Dritten im Verfahren; zeitliche Grenzen der Streitverkündung etc.) erfüllt werden. Nicht ausreichen würde hingegen, wenn nach einem fremden Schiedsverfahrensrecht der Streit verkündet und nach den insoweit geltenden Regeln interveniert wurde (eine momentan freilich nur hypothetische Überlegung). Denn eine in den §§ 1025 ff. ZPO n.F. geregelte Streitverkündung wäre ebenso *substitutionsfeindlich*<sup>75</sup>, wie es die §§ 72 ff., 68 ZPO sind<sup>76</sup> – was lediglich die allgemeine Regel benennt: Soll eine Rechtsfolge eintreten, müssen ihre (spezifischen) Voraussetzungen erfüllt sein.

### *a) Anforderungen an das im Sekundärprozess berufene Verfahrensrecht*

Ob sich ein Normanwendungsbefehl an das im Sekundärprozess entscheidende Gericht richten kann, hängt zusätzlich vom dort berufenen Verfahrensrecht ab: Ist der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren (Konstellation II), muss dieses ebenfalls den §§ 1025 ff. ZPO n.F. unterliegen. Wie in dieser Untersuchung an verschiedenen Stellen hervorgetreten ist, kann eine arbitrale Streitverkündung unter bestimmten Einschränkungen allerdings auch dann legitimiert werden, wenn der Sekundärprozess ein deutscher Zivilprozess ist (Konstellation I).<sup>77</sup> Eine zukünftige Regelung einer Streitverkündungswirkung in den §§ 1025 ff. ZPO n.F. könnte ihren Normanwendungsbefehl unter den gebotenen Modifikationen daher auch an ein im Sekundärprozess zur Entscheidung berufenes deutsches staatliches Gericht richten.

Stimmig hierzu geht die wohl noch herrschende und hier geteilte Auffassung davon aus, dass andersherum die Wirkung einer im deutschen Zivilprozess erklärten Streitverkündung auch dann kraft direkter Anwendung der §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO eintritt, wenn der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> S. zum Begriff *Mansel*, FS W. Lorenz, 1991, S. 689, 697.

<sup>76</sup> RGZ 55, 236, 240; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 68 Rn. 20; *Schröder*, Internationale Zuständigkeit, 1971, S. 573; in der Sache auch Wieczorek/Schütze/*Eichel*, Art. 65 Brüssel Ia-VO Rn. 20; *Milleker*, ZZP 80 (1967), 288, 306; *W. Wilhelmi*, Niemeyer's Zeitschrift 1933–1934, 105, 129; eine analoge Anwendung des § 68 ZPO aber beiläufig für möglich erachtend *Wieser*, ZZP 79 (1966), 246, 270.

<sup>77</sup> S. dazu oben § 4 XI. 1. (S. 232 ff.) (Fazit).

<sup>78</sup> S. dazu oben § 1 II. (S. 30 f.) mit Nachweisen in Fn. 39.

*b) Sonderfall: Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit ausländischem Schiedsort*

Die vorstehenden Ausführungen gelten uneingeschränkt, wenn der Primärprozess und der Sekundärprozess (falls dieser als Schiedsverfahren geführt wird) Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit *deutschem Schiedsort* sind. Es kann allerdings vorkommen, dass ein Schiedsverfahren trotz *ausländischen Schiedsortes* den §§ 1025 ff. ZPO n.F. unterliegt. Denn § 1025 Abs. 1 ZPO ist keine negative Kollisionsnorm: Gestattet eine ausländische Rechtsordnung den Parteien, trotz des ausländischen Schiedsortes das deutsche Schiedsverfahrensrecht zu wählen, schließt § 1025 Abs. 1 ZPO dies nicht aus.<sup>79</sup> Praktisch bedeutsam wird eine solche Rechtswahl aufgrund der weitflächigen Umsetzung UNCITRAL-MG sowie des darin enthaltenen Territorialitätsprinzips freilich nicht sein – auch wegen der mit der Wahl schiedsortfremden Schiedsverfahrensrechts verbundenen praktischen Probleme.<sup>80</sup> Eine solche Wahl wird jedoch bspw. immerhin von der schweizerischen Rechtsordnung als bedeutende Ausnahme von der Umsetzung des UNCITRAL-MG ermöglicht (vgl. Art. 373 Abs. 1 lit. c) chZPO<sup>81</sup>; Art. 182 Abs. 1 Hs. 2 IPRG) und für internationale Schiedsverfahren von Art. 1505 f. des französischen Code de Procédure Civile. Je nachdem, ob das Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO n.F. bei ausländischem Schiedsort im Primär- und/oder Sekundärprozess gewählt wird, wirkt sich dies unterschiedlich auf den Eintritt der Streitverkündungswirkung aus:

1) Ist der Primärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit deutschem Schiedsort und der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit ausländischem Schiedsort, bestehen keine Bedenken gegen den Eintritt der Streitverkündungswirkung kraft Anwendung: Konstruktiv ist der Schiedsort im Sekundärprozess irrelevant. Es kommt allein darauf an, dass der Dritte im Primärprozess in einer Weise beteiligt werden konnte, die die Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung erfüllt und sich im Sekundärprozess ein Normanwendungsbefehl an das zur Entscheidung berufene Gericht richtet. Auch spricht aus der Perspektive der ausländischen Rechtsordnung nichts gegen die Anwendung der Streitverkündungswirkung, *wenn und weil* sich die Rechtsordnung der Wahl der §§ 1025 ff. ZPO n.F. durch die Parteien geöffnet hat.

2) Sind Primär- und Sekundärprozess Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit ausländischem Schiedsort, können dem Eintritt der Streitverkündungswirkung aufgrund des ausländischen Schiedsortes *im Primärprozess* jedoch wer-

<sup>79</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 62; aus der Literatur statt vieler MüKo-ZPO/Münch, § 1025 Rn. 17; Solomon, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 200 f.; Musielak/Voit/Voit, § 1025 Rn. 4.

<sup>80</sup> S. zu diesen Problemen etwa Blackaby/Partasides/Redfern, International Arbitration, 7. Aufl. 2022, Rn. 3.79 ff.

<sup>81</sup> Eine Wahl auch der *lex arbitri* ist jedoch nicht möglich, vgl. ZürcherKo-IPRG/Oetiker, Art. 182 Rn. 16.

tungsmäßige Bedenken entgegenstehen. Denn die deutsche Rechtsordnung gewährt ihre das Schiedsverfahren flankierenden Schutzmechanismen größtenteils – vgl. § 1025 Abs. 2 ZPO *ex negativo* – nur bei inländischem Schiedsort.<sup>82</sup> Die Wahl der §§ 1025 ff. ZPO n.F. ist bei ausländischem Schiedsort also genau besehen nur bruchstückhaft möglich: Nicht möglich ist etwa eine Nachprüfung des Schiedsspruchs im Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO;<sup>83</sup> ebenso stellen sich die deutschen staatlichen Gerichte weder für eine Letztkontrolle der Neutralität des Schiedsgerichts während und nach der Konstituierungsphase gem. §§ 1034 ff. ZPO noch für eine staatsgerichtliche Ersatzbestellung zur Verfügung. Unter anderem diese Neutralitätsgewähr ist jedoch unabdingbare Voraussetzung dafür, dass dem Dritten gegenüber die Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung legitimiert werden kann.<sup>84</sup> Die ausländische Rechtsordnung, die die Wahl der §§ 1025 ff. ZPO n.F. zulässt, müsste für diese Schutzmechanismen einen gleichwertigen Ersatz vorsehen. Anderenfalls wäre der Eintritt der Streitverkündungswirkung generell ausgeschlossen.

3) Ist der Primärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit ausländischem Schiedsort, der Sekundärprozess hingegen ein deutscher Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. mit Schiedsort in Deutschland, kommt schließlich unabhängig von dem gleichermaßen bestehenden Wertungsproblem keine *Anwendung* der Streitverkündungswirkung in Betracht. Denn der Schiedsspruch würde sonst *hinsichtlich der Streitverkündungswirkung* trotz seines ausländischen Schiedsortes einem Schiedsspruch mit deutschem Schiedsort gleichgestellt werden. Dem steht die explizite<sup>85</sup> Abkehr vom Verfahrensprinzip hin zum Territorialitätsprinzip nach § 1025 Abs. 1 ZPO in Umsetzung von Art. 1 Abs. 2 ModG entgegen: Ein Schiedsspruch ist nicht mehr ausländisch, wenn und weil er ausländischem Schiedsverfahrensrecht unterliegt,<sup>86</sup> sondern, wenn und weil der (effektive<sup>87</sup>) Schiedsort außerhalb Deutschlands liegt.<sup>88</sup> Diese Entscheidung übertragen, kann die Streitverkündungswirkung aus dem ausländischen Schiedsverfahren – wie der ausländische Schiedsspruch selbst, vgl. § 1025 Abs. 4

<sup>82</sup> Die Begründung zur Reform des Schiedsverfahrensgesetzes ist in diesem Punkt deutlich, s. BT-Drs. 13/5274, S. 31. So verstanden auch von Zöller/Geimer, § 1025 Rn. 7; MüKo-ZPO/Münch, § 1025 Rn. 17; Musielak/Voit/Voit, § 1025 Rn. 5; unentschieden demgegenüber Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1025 Rn. 2 (es sei fraglich, welches staatliche Gericht insoweit zuständig ist).

<sup>83</sup> MüKo-ZPO/Münch, § 1025 Rn. 17.

<sup>84</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. (S. 196 ff.).

<sup>85</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 62.

<sup>86</sup> S. zur früheren Verfahrenstheorie statt vieler BGHZ 21, 365, 367; BGH NJW 1986, 1436; MüKo-ZPO/Münch, § 1061 Rn. 7 f.

<sup>87</sup> S. zum effektiven Schiedsort etwa Bajons, FS Machacek und Matscher, 2008, S. 703, 711 f.; Zöller/Geimer, § 1025 Rn. 7; Schütze, FS von Hoffmann, 2011, S. 1077 ff.; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1061 Rn. 26.

<sup>88</sup> MüKo-ZPO/Münch, § 1061 Rn. 7 f. m. w. N. zur früheren Verfahrenstheorie; zudem Zöller/Geimer, § 1025 Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Schütze, § 1061 Rn. 25.

ZPO – in einem inländischen Schiedsverfahren oder Zivilprozess nur möglicherweise *anerkannt* werden.

*c) Die Auswirkung der Anwendung unterschiedlicher Sachrechte  
in Primär- und Sekundärprozess*

Demgegenüber hängt der Eintritt der Streitverkündungswirkung aufgrund der prozessrechtlichen Qualifikation nicht *per se* davon ab, welches Sachrecht in Primär- und Sekundärprozess berufen ist. Sind in Primär- und Sekundärprozess unterschiedliche Sachrechte berufen, wirkt sich dies lediglich *auf den Umfang der Bindungswirkung* aus. Dies sei an folgendem Fallbeispiel veranschaulicht:

Unternehmen K bezieht bei Sourcing-Unternehmen Z<sub>1</sub> Sicherheitsschrauben, die es zur Herstellung von Produktionsmaschinen verwendet. Z<sub>1</sub> bezieht die Sicherheitsschrauben wiederum von Zulieferer Z<sub>2</sub>. Beide Lieferverträge stellen dieselben Spezifikationen an die Schrauben und beinhalten eine Schiedsklausel mit Schiedsort München. Für das Verhältnis von K zu Z<sub>1</sub> ist englisches Sachrecht berufen; für das von Z<sub>1</sub> zu Z<sub>2</sub> deutsches. Eine der von K hergestellten Produktionsmaschinen wird zerstört, weil eine Sicherheitsschraube nicht hält. Im primären Schiedsverfahren nimmt K den Z<sub>1</sub>, der Z<sub>2</sub> den Streit verkündet, erfolgreich auf Schadensersatz im Wege einer action for damages nach sec. 53 (1) (b) des Sale of Goods Act 1979 („SGA“) in Anspruch: Das Schiedsgericht führt die Zerstörung der Maschine auf die Qualität der Schrauben zurück, die nicht „of satisfactory quality“ im Sinne der sec. 14 (2) SGA seien. Z<sub>1</sub> möchte nun bei Z<sub>2</sub> Regress nehmen und erhebt Schiedsklage. Inwieweit hat das Schiedsgericht im Sekundärprozess eine Streitverkündungswirkung zu beachten? Es sei davon ausgegangen, dass Z<sub>1</sub> den Primärprozess optimal geführt und Z<sub>2</sub> in diesem umfassend rechtliches Gehör sowie effektiver Rechtsschutz gewährt wurde.

Unberührt davon, dass in Primär- und Sekundärprozess unterschiedliche Sachrechte berufen sind, ist die Bindung an die tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden *tatsächlichen* Feststellungen. Hingegen kann die Streitverkündungswirkung keine Bindung an die *rechtlichen* Feststellungen im primären Schiedsverfahren umfassen: Hinsichtlich der Anerkennung von Streitverkündungswirkungen ausländischer Zivilprozesse wird dieses Problem unter dem Stichwort der „Einrede der fremden Rechtsordnung“ diskutiert.<sup>89</sup> Teilweise wurde früher unter Stütze auf § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO a.F.<sup>90</sup> vertreten, dass der Dritte der Bindungswirkung analog § 68 Hs. 2 ZPO eine generelle Einrede „der fremden Rechtsordnung“ entgegenhalten kann, wenn im Sekundärprozess ein anderes Sachrecht anzuwenden ist als im Primärprozess anzuwenden war.<sup>91</sup> Der Gedanke dahinter ist, dass über die Rechtsstellung des Dritten nicht ein hierfür kollisions-

<sup>89</sup> Vgl. etwa Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 270 f.

<sup>90</sup> In der Fassung vom 14. Juni 1976 bis zum 31. August 1986.

<sup>91</sup> Koberg, Besonderheiten, 1992, S. 208 f.; Milleker, ZZP 80 (1967), 288, 309 f. Seitdem § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO a.F. gestrichen ist, wird die Einrede abgelehnt, vgl. Wieczorek/Schütze/Mansel, § 68 Rn. 42; wohl auch Köckert, Internationale Drittbeteiligung, 2010, S. 270 f.; aus der schweizerischen Literatur Takei, Streitverkündung, 2005, S. 220 f.



rechtlich nicht berufenes Sachrecht entscheiden soll. Bei der Diskussion wird jedoch teilweise übersehen,<sup>92</sup> dass im Sekundärprozess ohnehin nur die rechtlichen Feststellungen bindend sein können, *die das Primärgericht getroffen hat*. Im Fallbeispiel ist dies also etwa das Fehlen der „satisfactory quality“ nach sec. 14 (2) SGA. Diese Feststellung ist für den Sekundärprozess allerdings irrelevant, denn insoweit kommt es auf eine Sachmangelhaftigkeit der Schrauben nach § 434 Abs. 1 BGB an.

Das bedeutet abstrahiert: Die Rechtsfrage, über die im Primärprozess festgestellt wurde, kann im Sekundärprozess ohnehin nur binden, wenn dort die identische Rechtsfrage entscheidungserheblich ist (was bereits gilt, wenn in beiden Prozessen das Sachrecht derselben Rechtsordnung anzuwenden ist).<sup>93</sup> Rechtsfragen dürften nun aber *nie* identisch sein, soweit Sachrechte unterschiedlicher Rechtsordnungen berufen sind. Denn jede Rechtsordnung setzt, wenn auch nur geringfügig, andere Maßstäbe und füllt ihre Begriffe unterschiedlich aus. Das Fehlen der „satisfactory quality“ der sec. 14 (2) SGA ist daher ebenso eine andere Rechtsfrage als die Sachmangelhaftigkeit nach § 434 Abs. 1 BGB wie die Sachmangelhaftigkeit nach § 197 Abs. 1 OR, auch wenn der schweizerische Mangelbegriff dem deutschen recht ähnlich sein mag. Sind in Primär- und Sekundärprozess unterschiedliche Sachrechte berufen, dürfte eine Bindung an rechtliche Feststellungen des Primärgerichts folglich stets ausscheiden.<sup>94</sup> Auf eine „Einrede der fremden Rechtsordnung“ kommt es insoweit nicht an. Die Streitverkündungswirkung beschränkt sich, soweit unterschiedliche Sachrechte berufen sind, auf die tatsächlichen Feststellungen – im Beispielsfall etwa über den Härtegrad, den die Schrauben aufweisen.

## 2. Ausblick zur „Anerkennung“ von Streitverkündungswirkungen aus Schiedsverfahren

Mehr noch als die Implementierung einer Streitverkündung in den §§ 1025 ff. ZPO n.F., ist die Anerkennung ihrer Wirkung in ausländischen Schiedsverfahren und ausländischen staatlichen Zivilprozessen Zukunftsmusik – sowie *vice versa* die Anerkennung einer Streitverkündungswirkung aus ausländischen Schiedsverfahren in einem Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n.F. bzw. in einem deutschen Zivilprozess. Insbesondere mit Blick auf die Danaos-Rechtsprechung des Court of Appeals, Second Circuit (New York), nach der sich in maritimen Fällen die Praxis etabliert hat, an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligten Dritten mittels *vouching in* „den Streit zu verkünden“,<sup>95</sup> könnte die Frage nach einer Anerkennung arbitraler

<sup>92</sup> So bei *Koberg, Köckert, Milleker und Takei*.

<sup>93</sup> Deziert *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 42.

<sup>94</sup> Etwas verhaltener *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 68 Rn. 42 („regelmäßig“).

<sup>95</sup> Die Entscheidung des *Court of Appeals, Second Circuit* (New York) im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos* als „new lifeline in maritime arbitration“ bezeichnend *O'Connor*, J. Int. Arbitr. 10 (1993), 161, 170. Im Fall *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness*

Bindungswirkungen aus ausländischen Schiedsverfahren in Deutschland jedoch durchaus schon in näherer Zukunft virulent werden.

Man stelle sich den Fall vor, dass ein US-amerikanisches Stahlunternehmen seinen Frachtführer in einem New Yorker Schiedsverfahren erfolgreich auf Schadensersatz wegen Beschädigung der auf dem Seeweg von Europa in die USA transportierten Ware verklagt. Der Frachtführer erklärt der Hamburger Reederei, von der es das für den Auftrag verwendete Schiff gechartert hat, in dem Schiedsverfahren das *vouching in*, weil das Transportgut beim Verladen mit dem – nach Ansicht des Frachtführers: defekten – Staukran des Schiffes beschädigt wurde. Der Regressprozess unterliegt einer Schiedsklausel der *German Maritime Arbitration Association (GMAA)*<sup>96</sup> mit Schiedsort Hamburg.

Sollte sich die im Grundsatz von der Parteistellung des Dritten bzw. seiner Bindung an die Schiedsvereinbarung und seiner Zustimmung unabhängige Wirksamkeit einer arbitralen Streitverkündung einmal auf dem internationalen Parkett etablieren, dann sollten arbitrale Streitverkündungswirkungen, gleichermaßen wie schon jetzt Schiedssprüche, zur grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung möglichst freizügig anerkannt werden. Im Folgenden wird ein Ausblick auf den rechtlichen Rahmen hierfür gegeben.

#### *a) Tabellarischer Überblick: Das Verhältnis von Anwendung und Anerkennung der Streitverkündungswirkung*

Die Anerkennung einer Streitverkündungswirkung aus einem Schiedsverfahren kommt immer dann in Betracht, wenn sich an das im Sekundärprozess entscheidende Gericht kein unmittelbarer Normbefehl zur Anwendung der Regelungen richtet, die eine Streitverkündungswirkung anordnen. Das Verhältnis von Anwendung und möglicher Anerkennung der Streitverkündungswirkung stellt sich damit insgesamt wie folgt dar:

---

*Shipping* (333 F.3d 383 (2d Cir. 2003)) hat der Dritte die *vouching in*-Wirkung aus dem primären Londoner Schiedsverfahren bezeichnenderweise gar nicht *per se* angegriffen, sondern lediglich eingewandt, die *vouching in*-Wirkung würde sich ihrem Umfang nach nicht auf die Haftung erstrecken, da beide Vertragsverhältnisse unterschiedliche Maßstäbe statuieren würden (S. 387).

<sup>96</sup> Abrufbar unter <https://www.gmaa.de/de/>.

| Primärprozess →<br>↓ Sekundärprozess                           | Inländisches<br>Schiedsverfahren    | Ausländisches<br>Schiedsverfahren nach<br>§§ 1025 ff. ZPO n. F.                       | Ausländisches<br>Schiedsverfahren<br>nach ausländischem<br>Schiedsrecht |
|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| Deutscher Zivilprozess                                         | Normanwendung<br>(Konstellation I)  | ggf. Anerkennung<br>Anerkennung jedoch<br>möglicherweise wertungsmäßig ausgeschlossen | ggf. Anerkennung                                                        |
| Inländisches Schiedsverfahren                                  | Normanwendung<br>(Konstellation II) | ggf. Anerkennung<br>Anerkennung jedoch<br>möglicherweise wertungsmäßig ausgeschlossen | ggf. Anerkennung                                                        |
| Ausländisches Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO n. F.      | Normanwendung                       | ggf. Anerkennung<br>Anerkennung jedoch<br>möglicherweise wertungsmäßig ausgeschlossen | ggf. Anerkennung                                                        |
| Ausländisches Schiedsverfahren nach ausländischem Schiedsrecht | ggf. Anerkennung                    | ggf. Anerkennung<br>Anerkennung jedoch<br>möglicherweise wertungsmäßig ausgeschlossen | ggf. Anerkennung <sup>97</sup>                                          |

*b) Anerkennung kraft des UNÜ, bilateraler Abkommen oder autonomen Anerkennungsrechts*

Die Rechtsordnung, deren Verfahrensrecht den Sekundärprozess beherrscht, müsste sich der Anerkennung arbitraler Drittwirkungen wie der Streitverkündung oder eines vergleichbaren Instruments öffnen. Hierfür kommen verschiedene rechtliche Grundlagen in Betracht:

In mittlerweile 172 Staaten<sup>98</sup> richtet sich die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche nach dem UNÜ. Eine isolierte Anerkennung ohne Vollstreckbarerklärung, wie sie hinsichtlich der Streitverkündungswirkung in Rede steht, kennt das UNÜ.<sup>99</sup> Gleichwohl lassen sich unter das UNÜ *de pactum*

<sup>97</sup> Außer beide Schiedsverfahren unterliegen demselben Schiedsverfahrensrecht und haben einen Schiedsort im Geltungsbereich derselben Rechtsordnung, dann Normanwendung.

<sup>98</sup> Stand 9. Januar 2024. Eine Liste der Vertragsstaaten ist abrufbar unter <https://www.nyconvention.org/countries>.

<sup>99</sup> MüKo-ZPO/Adolphsen, UNÜ Art. 3 Rn. 2; Wolff-NYC/Liebscher, Prel. Rem. Rn. 21 ff.; Solomon, International Commercial Arbitration, 2. Aufl., 2021, S. 71, 129 f. Rn. 159 ff.

latum keine arbitralen Drittwirkungen fassen: Das UNÜ regelt nach Art. I (1); Art. III Satz 1 nur die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von „Schiedssprüchen“ (*arbitral awards*)<sup>100</sup>. Der Begriff des Schiedsspruchs wird vom UNÜ nicht definiert (s. nur Art. I (2) UNÜ) und ist daher durch autonome Auslegung nach Art. 31 f. des Wiener Übereinkommens<sup>101</sup> („WÜRV“) festzulegen.<sup>102</sup> Arbitrale Drittwirkungen lassen sich nach dieser Auslegung jedoch nicht unter den Begriff des *arbitral awards* fassen. Denn obschon der Zweck des UNÜ, den internationalen Handel und die Beilegung von Streitigkeiten durch Schiedsverfahren zu stärken,<sup>103</sup> auch durch eine Anerkennung von Drittwirkungen gefördert wird,<sup>104</sup> dürften Drittwirkungen von Schiedssprüchen außerhalb der gewöhnlichen Bedeutung<sup>105</sup> (*ordinary meaning*) im Sinne von Art. 31 (1) WÜRV liegen: Unter einem Schiedsspruch wird gemeinhin die Entscheidung eines Rechtsstreits durch ein Schiedsgericht zwischen den Schiedsparteien verstanden,<sup>106</sup> die zudem auf deren Autonomie beruht

<sup>100</sup> Neben der englischen sind die chinesische, französische, russische und spanische Sprache authentisch, vgl. Art. XVI (1) UNÜ.

<sup>101</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations 23. Mai 1969 (abrufbar unter [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)).

<sup>102</sup> *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), Leitfaden des ICCA zur Auslegung des New Yorker Übereinkommens von 1958, 2020 ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/ICCA-NYC-Guide-German\\_0.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-NYC-Guide-German_0.pdf)), S. 19 ff.; *United Nations Commission On International Trade Law* (UNCITRAL), UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), 2016 ([https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016\\_guide\\_on\\_the\\_convention.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf)), S. 11; *Haas/Kahlert*, Handbook International Commercial Arbitration, 3. Aufl., 2019, S. 1572, 1577 f. Rn. 21.15; *Wolff-NYC/Liebscher*, Prel. Rem. Rn. 76 f.; *MüKo-ZPO/Münch*, § 1061 Rn. 3; *Solomon*, International Commercial Arbitration, 2. Aufl., 2021, S. 71, 78 Rn. 9; *Solomon*, Recognition and Enforcement of the New York Convention by National Courts, 2017, S. 329, 331 ff.; aufgegriffen durch BGH NJW 1982, 1224, 1225.

<sup>103</sup> *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), Leitfaden des ICCA zur Auslegung des New Yorker Übereinkommens von 1958, 2020 ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/ICCA-NYC-Guide-German\\_0.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-NYC-Guide-German_0.pdf)), S. 17; *Haas/Kahlert*, Handbook International Commercial Arbitration, 3. Aufl., 2019, S. 1572, 1573 Rn. 21.03; *Wolff-NYC/Liebscher*, Prel. Rem. Rn. 17, 20a.

<sup>104</sup> S. dazu im Kontext der Gründe für die Anerkennung zivilprozessualer Urteilstwirkungen oben § 41.2.b)cc)(4) (S. 156).

<sup>105</sup> Zu deren besonderer Bedeutung bei der Auslegung des UNÜ *Wolff-NYC/Liebscher*, Prel. Rem. Rn. 80 ff.

<sup>106</sup> *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), Leitfaden des ICCA zur Auslegung des New Yorker Übereinkommens von 1958, 2020 ([https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/ICCA-NYC-Guide-German\\_0.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-NYC-Guide-German_0.pdf)), S. 20; *United Nations Commission On International Trade Law* (UNCITRAL), UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), 2016 ([https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016\\_guide\\_on\\_the\\_convention.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf)), S. 13 f.; *MüKo-ZPO/Adolphsen*, UNÜ Art. 1 Rn. 4.

(Art. I (2) UNÜ: „to which the parties have submitted“).<sup>107</sup> Hiervon grenzt sich die Streitverkündungswirkung deutlich ab, denn die Kognition des Schiedsgericht gegenüber dem Dritten folgt aus gesetzlicher, heteronomer Anordnung.<sup>108</sup> Ergänzend tritt die genetische Auslegung nach Art. 32 WÜRV hinzu: Drittwirkungen aus einem Schiedsverfahren ohne Parteistellung des Dritten bzw. Bindung an die Schiedsvereinbarung oder Zustimmung zu dieser wurden zur Zeit der Entstehung des UNÜ – soweit ersichtlich – nicht für möglich gehalten. Die weltweit erste Gerichtsentscheidung in diese Richtung könnte die des *Court of Appeals, Second Circuit* (New York) im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*<sup>109</sup> im Jahr 1988 gewesen sein. Drittwirkungen können vom Regelungswillen des UNÜ mithin noch nicht erfasst gewesen sein. Gleichfalls scheidet aufgrund der völkervertraglichen Natur eine Fortbildung des UNÜ *de pactum latum* aus. Mit Blick in die ferne Zukunft wäre daher eine völkervertragliche Ergänzung des UNÜ angezeigt und zugleich das ideale Medium, sollte sich die in dieser Arbeit entwickelte Auffassung einmal international etablieren.

Jenseits dessen bleibt die Möglichkeit, die Anerkennung ausländischer arbitraler Streitverkündungswirkungen in (bilateralen) Abkommen zu vereinbaren oder das autonome Anerkennungsrecht hierfür zu öffnen. Für das deutsche Recht, das hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche in § 1061 Abs. 1 ZPO auf das UNÜ verweist, hätte dies eine teilweise Durchbrechung der Rückverweisung zur Folge. Dies wäre jedoch vertragsgemäß, denn jenseits des Anwendungsbereichs des UNÜ können Vertragsstaaten ihr Anerkennungsrecht frei gestalten.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> MüKo-ZPO/Adolphsen, UNÜ Art. 1 Rn. 5; Wolff-NYC/Ehle, Art. I Rn. 29; Haas/Kahlert, Handbook International Commercial Arbitration, 3. Aufl., 2019, S. 1572, 1600 f. Rn. 21.84; Solomon, International Commercial Arbitration, 2. Aufl., 2021, S. 71, 91 f. Rn. 48 ff.

<sup>108</sup> S. insbesondere oben § 41.2.b)aa)(4) (S. 149).

<sup>109</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157 (2d Cir. 1988). S. zu dieser Entscheidung oben § 41.2.b)bb) (S. 149 ff.).

<sup>110</sup> Aufgrund der Öffnungsklausel in Art. VII (1) Alt. 2 UNÜ können die Vertragsstaaten sogar innerhalb des Anwendungsbereichs „schiedsfreundlicheres“ Anerkennungsrecht erlassen, das dem UNÜ nach dem gleichsam in Art. VII (1) Alt. 2 beinhalteten Meistbegünstigungsgrundsatz vorgeht (vgl. nur *United Nations Commission On International Trade Law* (UNCITRAL), UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), 2016 ([https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016\\_guide\\_on\\_the\\_convention.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf)), S. 298; MüKo-ZPO/Adolphsen, UNÜ Art. 7 Rn. 1; Solomon, International Commercial Arbitration, 2. Aufl., 2021, S. 71, 196 Rn. 349). S. zur Durchbrechung der Rückverweisung aus deutscher Perspektive BGH SchiedsVZ 2011, 105 Rn. 15; BGHZ 187, 126, 128 f.

#### IV. Zusammenfassung

Der vorstehende Paragraph untersucht, wie eine (streitverkündungsbedingte) Nebenintervention und die Streitverkündungswirkung kollisionsrechtlich zu qualifizieren sind und welche Konsequenzen hieraus – insbesondere einmal angenommen, in den §§ 1025 ff. ZPO sind Regelungen für eine arbitrale Streitverkündung aufgenommen worden („§§ 1025 ff. ZPO n.F.“) – für die Gebrauchsmöglichkeit einer Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren zu ziehen sind.

Nach der in der deutschen Rechtsordnung vorherrschenden funktionalen Methode hängt die Qualifikation der Streitverkündung und also deren Anknüpfung nach der *lex fori* bzw. *lex arbitri* oder der *lex causae* davon ab, ob die (streitverkündungsbedingte) Nebenintervention und die Streitverkündungswirkung dem Prozessrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Es wird dargelegt, dass die Qualifikation mit der in Deutschland wohl herrschenden Auffassung funktional-teleologisch vorzunehmen ist.

Die (streitverkündungsbedingte) Intervention des Dritten im Primärprozess ist klar prozessrechtlich zu qualifizieren. Gleiches gilt im Ergebnis auch für die Streitverkündungswirkung: Zwar ist diese tiefgreifend im materiellen Recht fundiert und durch dieses vorbestimmt. Jedoch betrifft dies ihre legitimatorischen Wurzeln. Die Funktion der Streitverkündungswirkung ist prozessrechtlich zu qualifizieren, was anhand ihrer auf den Prozess der Rechtsfeststellung beschränkten Zweckbestimmung und ihres hierauf bezogenen Wirkbereichs entwickelt wird.

Hieraus sind Konsequenzen für die Gebrauchsmöglichkeit einer – insbesondere in §§ 1025 ff. ZPO n.F. implementierten – Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren zu ziehen. Während eine (streitverkündungsbedingte) Intervention des Dritten im Primärverfahren nur möglich ist, wenn das Schiedsverfahren den §§ 1025 ff. ZPO n.F. unterliegt, eröffnet die prozessrechtliche Qualifikation für die Streitverkündungswirkung zwei Möglichkeiten: Sie ist *anzuwenden*, wenn die Regelung der Streitverkündungswirkung in den §§ 1025 ff. ZPO n.F. einen *Normanwendungsbefehl* für das im Sekundärprozess entscheidende Gericht enthält. Ist dies nicht der Fall, kann die Streitverkündungswirkung aus dem primären Schiedsverfahren nach dem im Sekundärprozess berufenen Verfahrensrecht *möglicherweise als Urteilstwirkung anzuerkennen sein*. Voraussetzung des Eintritts der Streitverkündungswirkung kraft Anwendung ist zunächst die Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO n.F. im primären Schiedsverfahren, da sich die möglichen Regelungen einer arbitralen Streitverkündung (in den §§ 1025 ff. ZPO n.F.) als ebenso substitutionsfeindlich herausstellen wie die §§ 72 ff., 68 ZPO. Ob sich ein Normanwendungsbefehl an das im Sekundärprozess entscheidende Gericht richten kann, hängt zusätzlich vom dort berufenen Verfahrensrecht ab: Ist der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren (Konstellation II), muss dieses ebenfalls den §§ 1025 ff. ZPO n.F. unterliegen. Wie näher dargelegt wird, könnten sich Regelungen einer arbitralen Streitverkündung unter den in dieser Arbeit herausgearbeiteten Modifikationen allerdings auch unmittelbar an ein im Sekundärprozess zur Entscheidung berufenes

deutsches staatliches Gericht richten. Liegt der Schiedsort des primären und/oder sekundären Schiedsverfahrens trotz der Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO n.F. außerhalb von Deutschland, ergeben sich, je nach Kombination, näher entwickelte Besonderheiten. Soweit in Primär- und Sekundärprozess unterschiedliche Sachrechte zur Anwendung gelangen, ist der Umfang der Streitverkündungswirkung auf die vom Primärgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen beschränkt.

Die Untersuchung schließt mit einem Ausblick darauf, welcher rechtliche Rahmen für eine zukünftige Anerkennung arbitraler Streitverkündungswirkungen in grenzüberschreitenden Streitigkeiten zur Verfügung steht: Unter das UNÜ lässt sich eine Streitverkündungswirkung *de pactum latum* nicht fassen, da dem Begriff des Schiedsspruchs (*arbitral award*) nach der hierfür maßgeblichen Auslegung nach Art. 31 f. WÜRV keine gesetzliche, heteronom angeordneten Drittwirkungen entnommen werden können. Mit Blick in die ferne Zukunft wäre daher eine völkervertragliche Ergänzung des UNÜ angezeigt und zugleich das ideale Medium, sollte sich die in dieser Arbeit entwickelte Auffassung einmal international etablieren. Jenseits des UNÜ bleiben (bilaterale) Abkommen und die Öffnung des autonomen Anerkennungsrechts für arbitrale Drittwirkungen möglich. Sie wären auch für UNÜ-Vertragsstaaten vertragsgemäß.



## § 8 Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts

Die zentralen Erkenntnisse dieser Untersuchung geben Anlass für den nachfolgenden Appell, in den §§ 1025 ff. ZPO Regelungen für eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung aufzunehmen, deren Wirkung grundsätzlich eintritt, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat:

### I. Der Bedarf nach einer gesetzlich geregelten, effektiven Streitverkündung im Schiedsverfahren

Wie die einleitenden Überlegungen gezeigt haben, wird sich nur selten ein Konsens für ein „echtes“ Mehrparteischiedsverfahren mit mehr als zwei Parteien wie auch für eine Drittbeteiligung unterhalb dieser Schwelle – sei es durch Streitverkündung, Intervention, *joinder* etc. – erzielen lassen, sodass die Drittbeteiligung in Schiedsverfahren nach dem derzeitigen Stand kaum funktioniert.<sup>1</sup> Regelwerke, die wie die DIS-ERS – normhierarchisch als Parteivereinbarung – zwangsläufig ebenfalls an ihrer privatautonomen Vereinbarung ansetzen, mögen bei im Einzelfall bestehender Konsensbereitschaft zwar durchaus einen Mehrwert bieten, indem sie den Inhalt einer möglichen Vereinbarung zur Drittbeteiligung vorzeichnen. Sie operieren jedoch nur an den Symptomen der dysfunktionalen Drittbeteiligung und können das Grundproblem mangelnder Konsensfähigkeit, das sich in *verwobenen Mehrpersonenkonflikten* besonders stellt, naturgemäß nicht überwinden.<sup>2</sup> Notwendig ist hierfür eine gesetzliche Regelung, die eine effektive Drittbeteiligung durch punktuelle Ausnahmen vom Erfordernis konsensualer Vereinbarung ermöglicht.

#### 1. Der schon bei der Reform von 1998 erkannte Regelungsbedarf

Der Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung der Drittbeteiligung wurde bereits bei der Reform durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz von 1998 erkannt

---

<sup>1</sup> S. dazu oben § 1 I. (S. 26 f.).

<sup>2</sup> S. dazu oben § 1 I. (S. 28 f.).

und allein aufgrund der Komplexität der Drittbeteiligung von einer gesetzlichen Regelung abgesehen.<sup>3</sup> Das Kommissionsmitglied *Schlosser* hat dies schon damals als „bedauerliche Unterlassung“ bezeichnet und festgestellt: „Ein Gesetzgeber, der ein den modernen Bedürfnissen der Praxis entsprechendes Gesetz schaffen will, müßte eigentlich dieses wichtige Problem regeln.“<sup>4</sup> Ob die Nichtregelung der Drittbeteiligung angesichts des bereits bestehenden Reformumfangs damals richtig war, sei dahingestellt. Jedenfalls heute besteht jedoch ein dringender Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung: Dies zeigen die seit der Reform aus der Schiedspraxis erhaltene Resonanz<sup>5</sup> und die zahlreichen, aber wenig erfolgreichen Versuche der Wissenschaft<sup>6</sup> (wie auch diese Arbeit), eine effektive Drittbeteiligung *de lege lata* zu konstruieren. Das Eckpunktepapier<sup>7</sup> des BMJ zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts und der Regierungsentwurf (§ 1035 Abs. 4 ZPO-E<sup>8</sup>) greifen den Bedarf auf, wenn sie Bestimmungen zur Konstituierung des Schiedsgerichts in Mehrparteienverfahren fordern, bleiben damit jedoch weit hinter dem Notwendigen zurück.

Es ist schließlich auch keine erstrebenswerte, da nur scheinbare „Lösung“, die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren weiterhin ungeregt zu lassen und die Beteiligten verwobener Mehrpersonenkonflikte auf die insoweit effektive staatliche Gerichtsbarkeit zu verweisen. Denn wie zuletzt im Rahmen der Gesetzinitiative zur Einführung von Commercial Courts schön zu Tage getreten ist<sup>9</sup> und im Eckpunkt-

<sup>3</sup> S. dazu BT-Drs. 13/5274, S. 26; *Rabe*, FS Rowedder, 1994, S. 399, 405; *Schlosser*, RIW 1994, 723, 724 sowie oben § 21. (S. 34 ff.).

<sup>4</sup> *Schlosser*, RIW 1994, 723, 724.

<sup>5</sup> S. dazu insbesondere die Umfrage der *Queen Mary University of London* in Kooperation mit der Kanzlei *White & Case LLP* aus dem Jahr 2018, wonach die unbefriedigende Drittbeteiligung im Schiedsverfahren von 39 % der insgesamt 1.066 Befragten zum insgesamt drittgrößten Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit erklärt wurde (*Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey, 2018 ([https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)), S. 8).

<sup>6</sup> S. dazu oben § 11. (S. 29) mit Fn. 34 und 35.

<sup>7</sup> Bundesministerium der Justiz (BMJ), Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 18. April 2023 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5)), S. 2.

<sup>8</sup> Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 3 f.

<sup>9</sup> Während die Schiedsgerichtsbarkeit zu Beginn der Gesetzesinitiative noch als Konkurrentin der staatlichen Gerichtsbarkeit dargestellt wurde (s. etwa BR-Drs. 79/22, S. 1), von der es durch Einführung von Commercial Courts Fälle „zurückzuholen“ gilt, hat schnell die allgemeine Einsicht Platz ergriffen, dass die beiden Streitbeilegungsmechanismen nicht als direkte Konkurrenten angesehen werden können, sondern nebeneinander bestehend einen attraktiven Justizstandort ausmachen (s. etwa *Riehm*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stär-

tepapier zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts<sup>10</sup> ebenso wie im Regierungsentwurf<sup>11</sup> Ausdruck findet, sind sowohl eine attraktive Schieds- als auch eine attraktive Zivilprozesslandschaft Bestandteile eines attraktiven Justizstandortes, die einander nicht ersetzen können.

## 2. Ein arbitrales Streitverkündungsrecht als geeigneter Mechanismus zur Regelung der Drittbeteiligung im Schiedsverfahren

Die in den §§ 1025 ff. ZPO bestehende Lücke sollte daher durch eine gesetzliche Regelung der Drittbeteiligung ausgefüllt werden. Ihre Komplexität ist ernst zu nehmen, sollte hiervon jedoch nicht abhalten. Der Komplexität kann dadurch Rechnung getragen werden, dass sich eine Reform der §§ 1025 ff. ZPO nicht vornimmt, sogleich den gesamten Komplex der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und sämtliche ihrer Probleme zu regeln. Stattdessen bietet sich *gerade für die Drittbeteiligung an, step by step* Instrumente einzuführen, die punktuell jenseits konsensualer Vereinbarung eine effektive Drittbeteiligung ermöglichen. Denn die einzelnen Instrumente – Streitverkündung und darauffolgende Intervention, *joinder*, *consolidation* etc. – verschaffen jeweils einen in sich abgeschlossenen Mehrwert und bieten sich so zur isolierten Implementierung an. Dies ermöglicht wiederum, feinschrittig von der Resonanz aus der Praxis zu lernen und dadurch letztendlich die Konsensbereitschaft und Akzeptanz einer Reform zum streitbaren Thema der Drittbeteiligung zu erhöhen.

Die Regelung eines arbitralen Streitverkündungsrechts eignet sich hierbei besonders als erster Schritt. Denn wie in dieser Untersuchung mehrfach hervorgetreten ist, löst die Streitverkündung mit dem Schutz der Hauptpartei vor einem widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlust<sup>12</sup> und ihrer möglichen Unterstützung durch Intervention des Dritten<sup>13</sup> zwei besonders empfindliche Defizite der Beilegung verwobener Mehrpersonenkonflikte in der Schiedsgerichtsbarkeit. Zugleich greift die Streitverkündung und darauffolgende *akzessorische* Intervention des Dritten –

---

kungsgesetz) vom 6. Oktober 2023, 11. Dezember 2023 (<https://www.bundestag.de/resource/blob/982688/9ab2d32ecc68e3d81407b47ec04a3353/Stellungnahme-Riehm.pdf>), Rn. 4; *Riehm/Q. Thomas*, NJW 2022, 1725, Rn. 7 ff., 34; *R. Wolff*, SchiedsVZ 2023, 209, 210; die Wahrnehmung des Autors beruht zudem auf den Äußerungen der Diskutanten des am 8. Mai 2023 abgehaltenen Stuttgarter Commercial Court Symposium, s. unter <https://commercial-court.de/symposium>).

<sup>10</sup> *Bundesministerium der Justiz* (BMJ), Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 18. April 2023 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5)), S. 1.

<sup>11</sup> *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 1.

<sup>12</sup> Hierin einführend oben § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>13</sup> Hierin einführend oben § 3 II. (S. 103 ff.).

anders als ein echtes Mehrparteienverfahren oder ein *joinder* bzw. eine *consolidation* – nur minimalinvasiv in das primäre Schiedsverfahren ein: Dessen Streitinhalt bleibt unberührt und das Verfahren ohne Verzögerung,<sup>14</sup> die prozessualen Handlungsmöglichkeiten der Hauptpartei werden gegenüber dem Verfahrensgegner nicht ausgeweitet,<sup>15</sup> dem Dritten wird das „fremde“ Verfahren nur teilweise aufgedrängt und mit den interventionsbedingten Mehrkosten können – nach hier entwickelter Auffassung – grundsätzlich weder der Verfahrensgegner noch der Dritte, sondern nur die von der Streitverkündung profitierende Hauptpartei belastet werden.<sup>16</sup> Schließlich wird nur minimalinvasiv in das privatautonome Fundament der Schiedsgerichtsbarkeit eingegriffen: Die arbiträre Streitverkündungswirkung ist eine zum Schutz der drittbeteiligungsbezogenen Interessen ausnahmsweise ohne privatautonome Unterwerfung des Dritten angeordnete Kognition des Schiedsgerichts – durch den vom Streitverkündungsgrund vermittelten Sachzusammenhang legitimiert und zugleich hierauf beschränkt.<sup>17</sup> Sie tastet damit das privatautonome Fundament der Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen nicht an: Eine Entscheidung über das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei mittels Schiedsspruch bereits im Primärverfahren (etwa in Form eines anfänglichen Mehrparteienverfahrens, einer *consolidation* oder einer Streitverkündungsklage) bleibt im Sinne des § 1029 Abs. 1 ZPO ausschließlich bei privatautonomer Unterwerfung des Dritten unter das konkrete Schiedsverfahren mittels Schiedsvereinbarung möglich.

Vor diesem Hintergrund dürfte sich auch ein anfänglicher Vorbehalt aus der internationalen Schiedscommunity ausräumen lassen, der darauf gründen könnte, dass in der Praxis zahlreicher Schiedsstandorte eine Drittbeteiligung unterhalb der Schwelle einer vollwertigen Verfahrenspartei nicht vorkommt, sondern verwobene Mehrpersonenkonflikte dort bislang allein durch *joinder* bzw. *consolidation* oder anfänglich vereinbarte „echte“ Mehrparteischiedsverfahren<sup>18</sup> beigelegt werden. Schließlich sind mit einer Streitverkündung und Nebenintervention funktional vergleichbare Instrumente zahlreichen Jurisdiktionen, aus denen bedeutende Schiedsstandorte hervorgehen, in ihrem nationalen Zivilprozessrecht durchaus bekannt. Um nur einige Jurisdiktionen zu nennen: Die USA mit dem auf Fallrecht des *common law* zurückgehenden *vouching in* (bzw. synonym *tender* oder *notice of defence*);<sup>19</sup> die Schweiz mit Streitverkündung und Nebenintervention (Art. 74 ff. chZPO);<sup>20</sup> Österreich mit Streitverkündung und Nebenintervention (§§ 17 öZPO);<sup>21</sup> Singapur

<sup>14</sup> S. dazu oben § 3 IV. 1. (S. 122 f.).

<sup>15</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. c) aa) (S. 115 ff.).

<sup>16</sup> S. zur Kostenverteilung im staatlichen Zivilprozess oben § 3 V. (S. 124 ff.) und deren Übertrag auf Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO oben § 4 X. (S. 225 ff.).

<sup>17</sup> S. dazu insbesondere oben § 4 I. 2. b) aa) (4) (S. 148 f.).

<sup>18</sup> S. zum Begriff oben § 1 I. (S. 23 f.) in Fn. 5.

<sup>19</sup> Vgl. die Nachweise oben § 4 I. 2. a) aa) (S. 141 f.) in Fn. 573.

<sup>20</sup> Abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/de>.

<sup>21</sup> Abrufbar unter <https://www.jusline.at/gesetz/zpo>.

mit einer *third party notice* nach Order No. 10 S 914/2021 (Supreme Court of Judicature Act, Chapter 322, Rules of Court 2021);<sup>22</sup> Brasilien mit Streitverkündung (*denúnciação da lide*) und Nebenintervention (*assistência simples* bzw. *litis-consorcial*) nach Art. 119 ff. Código de Processo Civil;<sup>23</sup> Spanien mit Streitverkündung und darauffolgender Intervention (*intervención provocada*) nach Art. 14 Ley de Enjuiciamiento Civil;<sup>24</sup> Schweden mit einer akzessorischen Intervention und einer Einladung hierzu ähnlich der Streitverkündung nach Kap. 14 §§ 11 f. der schwedischen Zivilprozessordnung (*Rättegångsbalk*).<sup>25</sup>

### 3. Eine Reform der §§ 1025 ff. ZPO als das vorzugswürdige Medium

Eine Reform der §§ 1025 ff. ZPO erscheint als das vorzugswürdige Medium zur Regelung eines arbitralen Streitverkündungsrechts: Eine Fortbildung auf völkervertraglicher Ebene oder auf Ebene eines *model law* nach Vorbild des UNCITRAL-MG wäre angesichts der traditionell internationalen Ausrichtung der Schiedsgerichtsbarkeit mit Blick in die fernere Zukunft freilich wünschenswert. Nach dem derzeitigen Stand wäre sie jedoch wenig erfolversprechend. Denn der Versuch sähe sich zunächst der geschwundenen Bereitschaft ausgesetzt, nationale Eigeninteressen und -lösungen zugunsten einer transnational vereinheitlichenden Lösung hintanzustellen. Dieser Trend betrifft nicht nur das Gebiet des Prozessrechts – wo er sich bspw. im Ratifizierungsstand des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005<sup>26</sup> abzeichnet (Inkrafttreten erst nach 10 Jahren durch Ratifizierung der EU und der Ukraine; insgesamt sieben ratifizierte Mitglieder in über 20 Jahren<sup>27</sup> – im Vergleich hierzu 47 Ratifizierungen der New York Convention in den ersten 19 Jahren<sup>28</sup>). Auch etwa im Weltraumrecht, das naturgemäß besonders auf transnationale Lösungen angewiesen ist, zeichnet sich der Trend spürbar ab:<sup>29</sup> Während der Outer Space Treaty von 1967 noch 113-mal ratifiziert wurde, sind die Ratifizierungen über das Rescue Agreement von 1968 (99), die Liability Convention von 1972 (98) bis hin zur Moon Convention auf

<sup>22</sup> Abrufbar unter <https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S914-2021/Published/20211201?DocDate=20211201&ProvIds=P11-PO10->.

<sup>23</sup> Abrufbar unter [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

<sup>24</sup> Abrufbar unter <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

<sup>25</sup> Abrufbar unter [https://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998\\_65.pdf](https://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf).

<sup>26</sup> Abrufbar unter <https://assets.hcch.net/docs/7fbc357-e182-45dd-a43a-64c60317dadc.pdf>.

<sup>27</sup> S. unter <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

<sup>28</sup> S. unter <https://www.newyorkconvention.org/countries>.

<sup>29</sup> S. dazu statt aller *Hobe*, Space Law, 2. Aufl. 2023, Rn. 139 ff., 145.

18 Ratifizierungen geschrumpft und seither keine weiteren bindenden Regelwerke (sondern nurmehr UN GA Resolutions) zustande gekommen.<sup>30</sup>

Außerdem sind Instrumente, die wie Streitverkündung und Nebenintervention eine Beteiligung Dritter als nicht vollwertige Verfahrensparteien (Streithelfer) ermöglichen, im internationalen Vergleich nicht überall bekannt.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund sollte der Ansatz, ein vom Erfordernis konsensualer Vereinbarung ausgekommenes Streitverkündungsrecht zu regeln, zunächst als nationaler Vorstoß verfolgt werden. Wie sogleich zu sehen ist, haben einige Rechtsordnungen bereits ähnliche Vorstöße unternommen.<sup>32</sup> Sollten sie sich einmal auf dem internationalen Parkett mehren, könnte der Diskurs für eine transnationale Lösung – dann vorzugsweise als *model law* – aufgenommen werden.

## II. Ein Blick auf andere Schiedsverfahrensrechte: Der hier verfolgte Ansatz als bereits beschrittener Weg

Die Niederlande haben nicht nur mit dem Permanent Court of Arbitration („PCA“)<sup>33</sup> in Den Haag, sondern mit 133 Verfahrenseingängen beim Netherlands Arbitration Institute („NAI“) im Jahr 2022<sup>34</sup> und nicht zuletzt mit der Eröffnung des auf den Luftfahrtsektor spezialisierten Hague Court of Arbitration for Aviation („HCAA“)<sup>35</sup> einen international renommierten Schiedsstandort etabliert. Hinsichtlich der Drittbeteiligung haben die Niederlande bereits mit der Reform von 1986 innovative Regelungen unter anderem zur *consolidation (samenvoeging)* in ihr Schiedsverfahrensrecht aufgenommen und im Jahr 2015 fortentwickelt.<sup>36</sup> Nach Art. 1046 Abs. 1 der niederländischen Zivilprozessordnung<sup>37</sup> („nldZPO“) kann ein Schiedsverfahren mit niederländischem Schiedsort mit einem anderen Schiedsver-

<sup>30</sup> S. statt der einzelnen Übersichten zum Ratifizierungsstand die Darstellung m. w. N. bei Hobe, Space Law, 2. Aufl. 2023, Rn. 186 ff.

<sup>31</sup> S. hierzu im Kontext der Drittbeteiligung im Schiedsverfahren etwa Geimer, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005, S. 71, 73; Salger/Trittmann/Elsing, § 9 Rn. 45; Voser, 50 years NYC, 2009, S. 343, 381.

<sup>32</sup> Unten § 8 II. (S. 345 ff.).

<sup>33</sup> S. unter <https://pca-cpa.org/home/>.

<sup>34</sup> Netherlands Arbitration Institute (NAI), NAI Statistics 2022 ([https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI\\_Statistics\\_2022.pdf](https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI_Statistics_2022.pdf)), S. 2.

<sup>35</sup> S. unter <https://www.haguecaa.org/>. S. zum Ansatz des HCAA etwa Teo/Wood/Norsetter, An analysis of the new Hague Court of Arbitration for Aviation, 13. März 2023 (<https://www.legalfightdeck.com/2023/03/articles/airlines/aviation-analysis-hague-courts/>); Wilske/Markert/Ebert, SchiedsVZ 2023, 121, 127.

<sup>36</sup> S. dazu etwa Marsman, International Arbitration in the Netherlands, 2021, Rn. 12-001 ff.; van den Berg, Int'l Bus. Law. 1987, 356, 357; van den Berg/van Delden/Snijders, Netherlands Arbitration Law, 1993, S. 70 ff.; van Haersolte-van Hof, Arbitr. Int. 1997, 427 ff.

<sup>37</sup> Abrufbar unter <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2024-01-01>.

fahren<sup>38</sup> auf Antrag einer Partei entweder durch das Bezirksgericht in Amsterdam oder durch eine hierfür von den Parteien benannte Institution verbunden werden.<sup>39</sup> Die *consolidation* setzt keinen dahingehenden Konsens der betroffenen Parteien voraus, sondern steht im Ermessen des Bezirksgerichts bzw. der benannten Institution (Art. 1046 Abs. 3 nldZPO) und setzt voraus, dass die *consolidation* das Verfahren nicht verzögert und ohne *consolidation* widersprüchliche Entscheidungen drohen würden (Art. 1046 Abs. 2 nldZPO). Die niederländische *consolidation* ist damit deutlich wirkungsvoller als die in gängigen Schiedsordnungen vorgesehene. Der Beweggrund für die Regelung war, eine effektive Lösung von in den Niederlanden schiedsträchtigen Projekten im Anlagenbau<sup>40</sup> zu ermöglichen.<sup>41</sup> Die Regelung wurde positiv aufgenommen.<sup>42</sup> Der Privatautonomie der Schiedsparteien, auf der auch das niederländische Schiedsverfahrensrecht aufbaut,<sup>43</sup> wird dadurch Rechnung getragen, dass sie eine *consolidation* durch Vereinbarung im Sinne eines „opt-out“ ausschließen können (Art. 1046 Abs. 1 Sätze 1 und 2 a.E. nldZPO).<sup>44</sup>

Einen ähnlichen Ansatz verfolgen Hongkong (*consolidation* nach Cap. 609 Arbitration Ordinance, Art. 2 schedule 2<sup>45</sup> im Ermessen des High Court<sup>46</sup>), die Schiedsverfahrensrechte einiger Staaten in den USA<sup>47</sup>, in Australien<sup>48</sup> und für na-

<sup>38</sup> Dessen Schiedsort seit der Reform von 2015 auch außerhalb der Niederlande liegen kann, vgl. den Wortlaut von Art. 1046 Abs. 1 nldZPO und zur Lage davor etwa *van den Berg*, Int'l Bus. Law. 1987, 356, 357; *van den Berg/van Delden/Snijders*, Netherlands Arbitration Law, 1993, S. 70 ff.

<sup>39</sup> Eine von Art. 1045 und Art. 1045a nldZPO vorgesehene Intervention des Dritten, ein *joinder* bzw. ein *request for joinder* ist hingegen nur bei allseitigem Konsens möglich.

<sup>40</sup> Der Sektor „Construction & Infrastructure“ ist mit 17 % der im Jahr 2022 eingegangenen Verfahren der zahlenmäßig größte in den Niederlanden, vgl. *Netherlands Arbitration Institute* (NAI), NAI Statistics 2022 ([https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI\\_Statistics\\_2022.pdf](https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI_Statistics_2022.pdf)), S. 10.

<sup>41</sup> *van den Berg*, Int'l Bus. Law. 1987, 356, 357; *van Haersolte-van Hof*, Arbitr. Int. 1997, 427.

<sup>42</sup> Sie als „innovativ“ begrüßend *van den Berg*, Int'l Bus. Law. 1987, 356, 357; zudem *van Haersolte-van Hof*, Arbitr. Int. 1997, 427 ff.; *van den Berg/van Delden/Snijders*, Netherlands Arbitration Law, 1993, S. 70 („novelty which is important to our arbitration law“).

<sup>43</sup> S. nur *Marsman*, International Arbitration in the Netherlands, 2021, Rn. 2-005; *van den Berg/van Delden/Snijders*, Netherlands Arbitration Law, 1993, S. 19 f.

<sup>44</sup> Wobei ein Ausschluss wohl nicht schon konkludent darin zu sehen ist, dass eine der gewählten Schiedsordnungen keinen dahingehend ausgestalteten *joinder* beinhaltet, vgl. auch *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 10.45.

<sup>45</sup> S. unter [https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?xid=ID\\_1438403520790\\_003](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?xid=ID_1438403520790_003).

<sup>46</sup> S. unter [https://www.judiciary.hk/en/court\\_services\\_facilities/hc.html](https://www.judiciary.hk/en/court_services_facilities/hc.html).

<sup>47</sup> California Code of Civil Procedure, § 1281.3 (abrufbar unter [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=9.&part=3.&chapter=2.&article=](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=9.&part=3.&chapter=2.&article=;)); Georgia Code Annotated, § 9-9-6 (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/>); Texas Civil Practice & Remedies Code, § 172.173 (abrufbar unter <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/SDocs/CIVILPRACTICEANDREMEDIESCODE.pdf>); Ohio Revised Code Annotated, § 2712.52 (abrufbar unter <https://law.justia.com/codes/ohio/2022/title-27/chapter-2712/>).



tionale Schiedsverfahren das neuseeländische Schiedsverfahrensrecht<sup>49</sup>. Das kolumbianische Schiedsverfahrensrecht kennt zudem einen im Ermessen des Schiedsgerichts stehenden *joinder*.<sup>50</sup>

### III. Leitlinien zur Regelung einer Streitverkündung im Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO

Die Untersuchung hat gezeigt – das ist die zentrale Erkenntnis dieser Arbeit –, dass einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung entgegen der derzeit herrschenden Auffassung<sup>51</sup> grundsätzlich Wirkung beigemessen werden kann, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat, und, dass der Dritte auf eine Streitverkündung hin<sup>52</sup> intervenieren kann, ohne dass der Verfahrensgegner oder die Schiedsrichter dem zugestimmt haben.<sup>53</sup> Um dies legitimieren zu können, ist das Instrument der Streitverkündung allerdings den in § 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.) herausgearbeiteten schiedsverfahrensspezifischen Modifikationen zu unterziehen. Auf diesen Erkenntnissen beruhen die nachfolgend vorgeschlagenen Leitlinien zur Regelung einer Streitverkündung im Schiedsverfahrensrecht der §§ 1025 ff. ZPO:

1. Jenseits der soeben genannten Ausnahmen vom Konsensprinzip, die zur Schaffung eines effektiven Streitverkündungsrechts notwendig sind, sollte eine gesetzliche Regelung dem privatautonomen Fundament der Schiedsgerichtsbarkeit möglichst weitgehend Rechnung tragen. Die Regelungen sollten daher nach Vorbild des Art. 1046 nldZPO im niederländischen Recht<sup>54</sup> wie auch der §§ 72 ff., 68 ZPO dispositiv im Sinne eines „opt-out“ ausgestaltet werden. Das bedeutet: Die Schiedsparteien sollten die Verkündung des Streits sowie die In-

---

section-2712-52/). S. dazu näher *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 2786 f.; *Steingruber*, Consent in International Arbitration, 2012, Rn. 10.49 f.

<sup>48</sup> New South Wales Commercial Arbitration Act 2010, § 27c (abrufbar unter <https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2010-061#sec.27C>); South Australia Commercial Arbitration Act 2011, § 27c (abrufbar unter [https://www.legislation.sa.gov.au/\\_/legislation/lz/c/a/commercial%20arbitration%20act%202011/current/2011.32.un.pdf](https://www.legislation.sa.gov.au/_/legislation/lz/c/a/commercial%20arbitration%20act%202011/current/2011.32.un.pdf)); Victoria Commercial Arbitration Act 2011, § 27c (abrufbar unter [https://content.legislation.vic.gov.au/sites/default/files/2cabcc50-5d3c-3bd2-a4e6-0cd1c0fc5494\\_11-50aa003%20authorised.pdf](https://content.legislation.vic.gov.au/sites/default/files/2cabcc50-5d3c-3bd2-a4e6-0cd1c0fc5494_11-50aa003%20authorised.pdf)).

<sup>49</sup> New Zealand Arbitration Act, Art. 2 schedule 2 (abrufbar unter <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM405764.html>).

<sup>50</sup> S. dazu *Mantilla-Serrano*, RevArb 1992, 41, 54.

<sup>51</sup> S. zu dieser die Nachweise oben § 1 I. (S. 28) in Fn. 26.

<sup>52</sup> S. zum hier entwickelten Ausschluss der eigeninitiativen Nebenintervention des Dritten im Schiedsverfahren oben § 41.4. (S. 158 ff.).

<sup>53</sup> S. das Fazit oben § 4 XI. 1. (S. 232 ff.).

<sup>54</sup> S. dazu soeben § 8 II. (S. 345 ff.).

tervention des Dritten für unzulässig erklären können;<sup>55</sup> die Hauptpartei und der Dritte sollten den Eintritt der Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess von dessen Zustimmung abhängig machen oder unter selbst geschaffene Voraussetzungen stellen können (bspw. der Anwendung einer bestimmten Schiedsordnung im Primärverfahren; einer bestimmten Verfahrenssprache; eines bestimmten Modells für den Zeugen- und Sachverständigenbeweis etc.). Zudem sollte nach dem Vorbild des UNCITRAL-MG und der darauf beruhenden §§ 1025 ff. ZPO nur der für ein effektives Streitverkündungsrecht notwendige Rahmen geschaffen und die Verfahrensgestaltung unter Beteiligung des Dritten ansonsten den Parteien überlassen werden (etwa nach Vorbild der The Munich Rules<sup>56</sup> oder der DIS-ERS<sup>57</sup>). Vor unzumutbaren Verfahrensgestaltungen kann der Dritte nach Maßgabe der folgenden Leitlinie geschützt werden.

2. Durch die Streitverkündungswirkung wird dem Dritten – teilweise, d. h. in ihrem Umfang – das primäre Schiedsverfahren und seine Gestaltung aufgedrängt. Da diese weitgehend der Parteidisposition unterliegt, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass der durch die Streitverkündungswirkung vorverlagerte Rechtsschutz des Dritten nicht effektiv und er also einer unzumutbaren Verfahrensgestaltung ausgesetzt war. Diese Gefahr kann und sollte eine gesetzliche Regelung dadurch beseitigen, dass der Eintritt der arbitralen Streitverkündungswirkung unter den – vom Court of Appeals, Second Circuit (New York) bereits erprobten<sup>58</sup> und hier insbesondere in § 5 (S. 235 ff.) fortentwickelten – Vorbehalt gestellt wird, dass der verfahrensmäßige Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Dieser schiedsspezifische Vorbehalt, der im Sekundärprozess zu prüfen ist und für den die Hauptpartei die Darlegungs- und Beweislast tragen sollte, ist die zentrale Bedingung für die Legitimität eines von der Zustimmung des Dritten abgekoppelten Streitverkündungsrechts.
3. Ist der Sekundärprozess ein deutscher Zivilprozess, würde die arbitrale Streitverkündungswirkung durch die im Primärverfahren beschränkte Entscheidungskontrolle (vgl. §§ 1059 Abs. 1; 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO) einen teilweisen Entzug des zivilprozessualen Instanzenzugs zur Folge haben – was dem Dritten

<sup>55</sup> S. dazu, dass weder dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung noch – nach dem derzeitigen Stand – der Vereinbarung der DIS-SchO, ICC-SchO, LCIA-SchO, den Swiss-Rules oder der VIAC-SchO ein konkludenter Ausschluss der Streitverkündung bzw. der Intervention des Dritten entnommen werden kann, oben § 4 I. 2. b) aa) (3) (S. 147 ff.).

<sup>56</sup> Abrufbar unter <https://www.wachundmeckes.com/de/the-munich-rules> und mit Erläuterung K. J. Wach, SchiedsVZ 2020, 228 ff.

<sup>57</sup> Abrufbar unter [https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS\\_Ergaenzende\\_Regeln\\_fuer\\_Streitverkuendungen\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS_Ergaenzende_Regeln_fuer_Streitverkuendungen_3-2024.pdf).

<sup>58</sup> Initial in *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157 (2d Cir. 1988), gefestigt in *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*, 333 F.3d 383 (2d Cir. 2003) und aufgegriffen von *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, 1136 (5th Cir. 1992). S. dazu oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.).

nicht ohne seine Zustimmung zugemutet werden kann.<sup>59</sup> Um das Streitverkündungsrecht gleichwohl auch in dieser Konstellation gewähren zu können, müsste dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung eröffnet werden, *soweit* der Schiedsspruch in *einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen Instanzenzug* mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre.<sup>60</sup> Allerdings ist die Legitimationsbasis für die arbitrale Streitverkündungswirkung allgemein deutlich stärker – und damit die Akzeptanz ihrer gesetzlichen Regelung größer –, wenn auch der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist: Der Dritte hat sich dann ohnehin für sämtliche sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei betreffende Feststellungen der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen. Dies vor Augen, ist im Rahmen einer Reform zu diskutieren, ob das arbitrale Streitverkündungsrecht auf die Konstellation beschränkt werden sollte, dass auch der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist.

4. Die Verkündung des Streits und die darauffolgende Intervention ist im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO bereits *de lege lata* auch dann zulässig, wenn sich die Parteien allgemein zur Vertraulichkeit verpflichtet haben, weil die Hauptpartei hierdurch ihr berechtigtes Interesse an einer effektiven Rechtsverfolgung bzw. -abwehr ausübt.<sup>61</sup> Aufgrund der heterogenen Meinungslage zum Thema „Vertraulichkeit und Drittbeteiligung“ sollte eine gesetzliche Regelung jedoch klarstellen, dass die Verkündung des Streits und der Beitritt des Dritten auch bei einer allgemeinen Verpflichtung zur Vertraulichkeit zulässig ist. Als Vorbild hierfür kann die Regelung in § 1 der The Munich Rules dienen, die insoweit noch auf den Beitritt des Dritten bezogen werden sollte. Zudem ist eine gesetzliche Regelung nach Vorbild von Art. 15 DIS-ERS zu erwägen, die den Dritten im Falle seines Beitritts in eine zwischen den Verfahrensparteien möglicherweise bestehende Vertraulichkeitsverpflichtung miteinbezieht. Vor einer missbräuchlichen Streitverkündung, die nur dazu dient, den Dritten im Schein der Rechtfertigung durch die Streitverkündung über das laufende Schiedsverfahren zu informieren, ist der Verfahrensgegner immerhin durch die abschreckende Wirkung einer Schadensersatzhaftung und, wenn als Folge einer Vertraulichkeitsverletzung vereinbart, einer Vertragsstrafe geschützt.<sup>62</sup>
5. Die Vorstellung der herrschenden Auffassung, durch die Annahme einer arbitralen Streitverkündungswirkung könnte dem Dritten sein gesetzlicher Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen sein, ist unzutreffend.<sup>63</sup> Die hinter der Garantie stehende Neutralität rechtsprechender Tätigkeit ist jedoch auch in Schiedsverfahren zu gewährleisten, wofür als Äquivalent zum gesetzlichen Richter das Gebot paritätischer Mitwirkung an der Konstituierung des Schieds-

<sup>59</sup> S. dazu oben § 4 III. 2. c) bb) (S. 172 ff.) (Fazit).

<sup>60</sup> S. dazu oben § 4 III. 2. d) (S. 173 f.).

<sup>61</sup> S. dazu oben § 4 V. 2. (S. 183 ff.).

<sup>62</sup> S. dazu oben § 4 V. 2. b) aa) (S. 187).

<sup>63</sup> S. dazu oben § 4 VI. 1. (S. 192 ff.).

gerichts dient.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund sollte eine gesetzliche Regelung Bestimmungen über den Ablauf der Konstituierung unter Mitwirkung des Dritten enthalten,<sup>65</sup> wobei die folgenden Grundsätze zu beachten sind:<sup>66</sup> Der Dritte ist paritätisch an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen, wenn ihm gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers konzeptionell gefährdet ist (insbesondere bei Wahl der Schiedsrichter *ad personam* durch die Parteien; nicht jedoch, wenn die Schiedsrichter durch eine gesichert neutrale Person oder Institution wie bspw. eine anerkannte Schiedsinstitution ausgewählt werden). Dem Dritten sollte hierbei kein „Recht“ auf eine bestimmte Zusammensetzung des Spruchkörpers eingeräumt werden: Es kommt allein auf die aus der konstituierungsbezogenen *ex ante*-Perspektive bestehende Neutralität des Schiedsgerichts gegenüber dem Dritten an. Ist diese nicht gewährleistet, weil der Dritte nicht paritätisch beteiligt wurde, muss die Streitverkündungswirkung infolge des Vorbehalts effektiven Rechtsschutzes<sup>67</sup> generell entfallen. Wie die Konstituierung unter Beteiligung des Dritten abzulaufen hat, hängt von der Zusammensetzung des Spruchkörpers ab: (I) Ist ein Einzelschiedsrichter zu bestellen, muss der Dritte wie die Parteien an der Auswahl des Schiedsrichters beteiligt werden und also mit der Wahl des Kandidaten einverstanden sein.<sup>68</sup> Kommt nur wegen des Dritten keine Einigung zustande, kann die Hauptpartei die Streitverkündung zurücknehmen (was keiner gesetzlichen Regelung bedarf<sup>69</sup>) oder sich für die Streitverkündungswirkung zum Preis einer Ersatzbestellung entscheiden. (II) Bei der Bestellung eines dreiköpfigen Schiedsgerichts haben sich die Hauptpartei und der Dritte zusammen auf einen beisitzenden Schiedsrichter zu einigen.<sup>70</sup> Schlägt die Einigung auf Seiten der Hauptpartei (und des Dritten) fehl, hat die Ersatzbestellung grundsätzlich nur auf ihrer Parteiseite zu erfolgen.<sup>71</sup> Eine Ersatzbestellung *auch* auf Seiten des Verfahrensgegners im Sinne der Dutco-Regel – wie sie im aktuellen Regierungsentwurf zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts von § 1035 Abs. 4 Satz 3 ZPO-E für streitgenössische

<sup>64</sup> S. dazu oben § 4 VI. 2. (S. 194 ff.).

<sup>65</sup> Sich hierfür aussprechend schon *Schlosser*, RIW 1994, 723, 724.

<sup>66</sup> S. dazu im Detail oben § 4 VI. 3. (S. 196 ff.).

<sup>67</sup> S. zu diesem als Leitlinie zur Regelung eines arbitralen Streitverkündungsrechts oben § 8 III. (S. 348) unter 2.

<sup>68</sup> Ebenso Art. 7.3 Satz 1 DIS-ERS.

<sup>69</sup> Auch im staatlichen Zivilprozess wird die nach allgemeiner Auffassung zulässige Rücknahme der Streitverkündung nicht geregelt, da sie sich schon daraus ergibt, dass die Streitverkündung ein im Interesse der Hauptpartei stehendes Instrument darstellt. Es sei darauf hingewiesen, dass Art. 7.4 Satz 1 der DIS-ERS jedoch eine Rücknahme der Streitverkündung (dort genannt „Abstand nehmen“) regeln.

<sup>70</sup> Ebenso Art. 8.2 Satz 1 DIS-ERS. S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb) (2) (S. 204 ff.).

<sup>71</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. d) (S. 208 ff.). Von Art. 8.3 Satz 1 DIS-ERS i. V. m. Art. 20.3 DIS-SchO in das Ermessen des Schiedsgerichts gestellt.

Mehrparteienverfahren in das Ermessen des Schiedsgerichts gestellt wird<sup>72</sup> – ist weder notwendig noch angezeigt.<sup>73</sup> Um der internationalen Verbreitung der Dutco-Regel Rechnung zu tragen, genügt, ihre Anwendung bei entsprechender Vereinbarung zu ermöglichen. Werden die Schiedsparteien – wie üblich – in die Auswahl des Vorsitzenden einbezogen (die typischerweise in den Händen der beisitzenden Schiedsrichter oder der Schiedsinstitution liegt), ist der Dritte zudem in derselben Weise wie die Parteien daran zu beteiligen; und damit im Ergebnis wie an der Einigung auf einen Einzelschiedsrichter. Schließlich sollte eine gesetzliche Regelung für den Fall, dass der Dritte an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen ist, gesonderte Fristen hierfür vorsehen, da nach den geltenden Konstituierungsverfahren gängiger Schiedsordnungen oft nur wenig Raum für eine Beteiligung des Dritten besteht.<sup>74</sup> Eine gute Diskussionsgrundlage bieten hierfür die Art. 4, 6 der DIS-ERS.

6. Hinsichtlich der Einreden des Dritten gegen die Streitverkündungswirkung sollte § 68 Hs. 2 ZPO als Vorbild dienen: (I) Dem Dritten steht eine Einrede zu, soweit sein rechtliches Gehör – gemessen an dem auch im deutschen Zivilprozess zu gewährenden Umfang – im primären Schiedsverfahren beschränkt wurde, ohne dass es hierfür auf eine mangelhafte Prozessführung der Hauptpartei ankommt (*exceptio inauditae alterae partis*).<sup>75</sup> (II) Die Einrede mangelhafter Prozessführung der Hauptpartei (*exceptio mali processus*) ist dem Dritten in Schiedsverfahren weiter als nach § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO zu gewähren, da den für die Enge der Einrede im staatlichen Zivilprozess maßgeblichen öffentlichen Interessen in Schiedsverfahren kein Gewicht zukommt.<sup>76</sup> Dem Dritten ist die *exceptio mali processus* somit schon dann zu gewähren, wenn die Hauptpartei hinsichtlich ihrer Prozessführung ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist.<sup>77</sup> Sollte das Streitverkündungsrecht auch für den Fall eröffnet werden, dass der Sekundärprozess ein deutscher Zivilprozess ist,<sup>78</sup> ist dem Dritten schließlich eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung zu eröffnen, soweit der Schiedsspruch in einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen Instanzenzug mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre.

<sup>72</sup> Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024 ([https://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2)), S. 3 f., 30.

<sup>73</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. d) (S. 208 ff.).

<sup>74</sup> S. zu den zeitlichen Grenzen einer Streitverkündung im Schiedsverfahren oben § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>75</sup> S. dazu oben § 4 IV. (S. 174 f.) sowie zur Herleitung der *exceptio inauditae alterae partis* im staatlichen Zivilprozess oben § 3 I. 2. c) bb) (1) (S. 79 ff.).

<sup>76</sup> S. dazu oben § 4 IX. 1. (S. 222 ff.).

<sup>77</sup> S. dazu oben § 4 IX. 2. (S. 225 f.).

<sup>78</sup> S. dazu oben § 8 III. (S. 349 f.) unter 3.

7. Eine gesetzliche Regelung sollte schließlich Bestimmungen über die Verteilung der Streitverkündungs- und interventionsbedingten Mehrkosten enthalten, wobei die Kostenlast nach dem international verbreiteten und auch in § 1057 Abs. 1 ZPO verankerten Veranlassungsprinzip zu verteilen ist. Das bedeutet:<sup>79</sup> (I) Die Streitverkündungskosten im Vorfeld einer Streithilfe trägt unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärverfahrens die Hauptpartei. (II) Die Kosten, die der Dritte im Rahmen seiner zur Hauptpartei akzessorischen Prozessführung verursacht und die also Kosten ersetzen, die ohnehin anlässlich der Prozessführung zwischen den Verfahrensparteien angefallen wären, werden als Kosten des Rechtsstreits behandelt und im Verhältnis der Parteien des Primärverfahrens verteilt. (III) Die Kosten eines möglichen Zwischenstreits über die Zulassung der Nebenintervention trägt, je nach Ausgang des Zwischenstreits, entweder der ohne Interventionsgrund beitretende Dritte oder der zu Unrecht dessen Zurückweisung beantragende Verfahrensgegner. Soweit im Zwischenstreit unverhältnismäßig hohen Kosten entstehen – etwa, weil die Schiedsparteien mit den Schiedsrichtern ein unverhältnismäßig hohes Stundenhonorar vereinbart haben –, sind sie der Hauptpartei aufzuerlegen. (IV) Die sonstigen interventionsbedingten Mehrkosten (insbesondere die Kosten des Dritten für seine anwaltliche Beratung über den Beitritt und für seine anwaltliche Vertretung sowie durch den Dritten möglicherweise veranlasste Gebühren der Schiedsinstitution) trägt unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärverfahrens grundsätzlich die Hauptpartei, wobei ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch unberührt bleiben sollte. Die Trennung der jeweiligen Kostenmassen sollte in das Ermessen des Schiedsgerichts gestellt werden, da sie regelmäßig nicht rechnerisch eindeutig vorgenommen werden kann.<sup>80</sup>

## § 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die vorliegende Untersuchung behandelt die Instrumente einer Streitverkündung und einer Nebenintervention im Schiedsverfahren. Beweggrund hierfür ist die nach der Resonanz aus der Praxis und der Wahrnehmung in der Wissenschaft derzeit kaum funktionierende Beilegung verwobener Mehrpersonenkonflikte in der Schiedsgerichtsbarkeit. Der erste Teil der Arbeit zielt vor diesem Hintergrund darauf ab, zu untersuchen, ob in einem privaten Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO von einer Streitverkündung und einer Nebenintervention nach Vorbild der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO – jenseits konsensualer Vereinbarung – im Wege der Rechtsfortbildung Gebrauch gemacht werden kann. Die Untersuchung kommt insoweit zum Ergebnis, dass einer arbitralen Streitverkündung unter bestimmten schiedsverfahrensspezifischen Modifikationen grundsätzlich Wirkung beigemessen

<sup>79</sup> S. zur Kostenverteilung und ihrer Legitimierung im Detail oben § 4 X. (S. 225 ff.).

<sup>80</sup> S. dazu oben § 4 X. 1. b) (S. 230 f.).

werden kann, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat, und, dass der Dritte auf eine Streitverkündung hin intervenieren kann, ohne dass der Verfahrensgegner oder die Schiedsrichter dem zugestimmt haben.<sup>81</sup> *De lege lata* lässt sich ein arbitrales Streitverkündungsrecht allerdings nicht überzeugend konstruieren.<sup>82</sup> Dies veranlasst, ausgehend vom enormen Potenzial der Streitverkündung für die Effektivierung der Drittbeteiligung im Schiedsverfahren, zum Appell, Regelungen in den §§ 1025 ff. ZPO für ein arbitrales Streitverkündungsrecht aufzunehmen.<sup>83</sup> Der zweite Teil der Arbeit richtet den Blick auf internationale Schiedsverfahren, qualifiziert das Instrument der Streitverkündung prozessrechtlich und zieht aus ihrer damit verbundenen Anknüpfung an die *lex arbitri* Konsequenzen für das Verhältnis von „Anwendung“ und „Anerkennung“ der Streitverkündungswirkung in internationalen Konstellationen.<sup>84</sup>

## **I. Die Fortbildung einer Streitverkündung und einer Nebenintervention für Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO mittels „Wertungsanalogie“**

Der Reformgesetzgeber des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes von 1998 hat die Drittbeteiligung im Schiedsverfahren als Lücke in den §§ 1025 ff. ZPO aufgefasst und ihre mögliche Ausfüllung der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.<sup>85</sup> Aufgrund der Verankerung von Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (mit deutschem Schiedsort) in der deutschen Rechtsordnung und der normativen Idee der Einheit der Rechtsordnung ist damit der Auftrag verbunden, den Gebrauch der Instrumente einer Streitverkündung und einer Nebenintervention rechtsfortbildend auch im Schiedsverfahren zu ermöglichen, soweit dies folgerichtig ist.<sup>86</sup> Zu beurteilen ist dies anhand einer „Wertungsanalogie“, die sich nicht – wie der bisherige Diskurs – auf die Frage nach der analogen Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO beschränkt, sondern in Erwägung zieht, dass Streitverkündung und Nebenintervention im Zuge der Rechtsfortbildung nach Maßgabe schiedsverfahrensspezifischer Wertungen modifiziert werden müssen.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> S. das Fazit oben § 4 XI. 1. (S. 232 ff.).

<sup>82</sup> S. dazu oben § 6 (S. 277 ff.).

<sup>83</sup> S. dazu oben § 8 (S. 340 ff.).

<sup>84</sup> S. dazu oben § 7 (S. 315 ff.).

<sup>85</sup> S. dazu oben § 2 I. (S. 34 ff.).

<sup>86</sup> S. dazu oben § 2 II. (S. 35 ff.).

<sup>87</sup> S. zu den Schritten der Wertungsanalogie im Detail oben § 2 III. (S. 41 ff.).



## II. Das Fundament: Eine Analyse von Streitverkündung und Nebenintervention im staatlichen Zivilprozess

Das Fundament der Rechtsfortbildung legt danach eine Analyse des – schon in den Grundzügen – umstrittenen Inhalts und der Zweckbestimmung der beiden Instrumente im staatlichen Zivilprozess.<sup>88</sup>

### 1. Die streitverkündungsbedingte Freistellung der Hauptpartei vor dem Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts

Die Streitverkündung schützt primär und äußerst stark die Hauptpartei vor dem aus der Zweiparteienstruktur, flankiert vom begrenzten Umfang der Rechtskraft und der richterlichen Unabhängigkeit, resultierenden Risiko bestimmter widersprüchlicher Feststellungen<sup>89</sup> und sekundär (allerdings nur über den Druck der Streitverkündungswirkung) ihr Interesse an der Unterstützung durch den Dritten.<sup>90</sup> Der Schutzbereich der Streitverkündung ist hierbei nach vorzugswürdiger Auffassung auf das in verwobenen Mehrpersonenkonflikten verschärft auftretende Risiko zu beschränken, dass zwei Spruchkörper unterschiedlich über denselben Lebenssachverhalt feststellen und der Hauptpartei in der Konsequenz beide in den jeweiligen Prozessen behaupteten materiellrechtlichen Rechtspositionen aberkannt werden, obwohl ihr nach materiellrechtlicher Lage und/oder Tatsachenlage (potenziell) jedenfalls eine der beiden Rechtspositionen hätte zuerkannt werden müssen (Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts).<sup>91</sup> Die Streitverkündungswirkung schützt die Hauptpartei vor diesem Risiko grundsätzlich umfassend.<sup>92</sup> Entgegen einer in der Literatur vordringenden Auffassung kann sich *de lege lata* allerdings nicht auch der Dritte auf die Streitverkündungswirkung berufen; dies sollte indes *de lege ferenda* ermöglicht werden.<sup>93</sup>

Das Interesse des Dritten an einer Einlassung vor den für den Sekundärprozess eröffneten Gerichtsständen tritt demgegenüber vollständig zurück. Zudem bürdet die Streitverkündung dem Dritten in gewissem Umfang eine Beeinträchtigung seines Interesses an einer richtigen Entscheidung auf, indem sie ihn hinsichtlich der Streitverkündungswirkung einer Entscheidung in Verfahren aussetzt, die aufgrund einer Beschränkung des Instanzenzugs abstrakt betrachtet weniger wahrscheinlich richtig sind (wie etwa in Abhilfe- bzw. Musterfeststellungsverfahren oder in Verfahren vor den zum 1. April 2025 geschaffenen Commercial Courts).<sup>94</sup> Der streit-

<sup>88</sup> S. dazu oben § 3 (S. 53 ff.).

<sup>89</sup> S. dazu oben § 3 I. (S. 54 ff.).

<sup>90</sup> S. dazu oben § 3 II. (S. 103 ff.).

<sup>91</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. a) (S. 59 ff.).

<sup>92</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) (S. 73 ff.).

<sup>93</sup> S. dazu oben § 3 I. 2. c) cc) (S. 82 ff.).

<sup>94</sup> S. zu beidem oben § 3 I. 2. d) (S. 86 ff.).

verkündungsbedingte Schutz beruht auf der Wertungsentscheidung, dass die Hauptpartei in ihrer Notlage besonders schutzwürdig ist, in Primär- und Sekundärprozess ggf. in widersprüchlicher Weise *überhaupt nicht* durchzudringen, obwohl die materiellrechtliche Lage und/oder Tatsachenlage ein *entweder-oder* vorgibt.<sup>95</sup> Hingegen kommt den öffentlichen Interessen der Prozessökonomie und der Sicherung des Vertrauens in die Einheitlichkeit der Rechtsprechung entgegen weit verbreiteter Auffassung kein tragendes Gewicht zu, weil eine dahingehende Zweckbestimmung in Widerspruch zur disponiblen Struktur von Streitverkündung und Nebenintervention und dem Umstand stehen würde, dass doppeltes Prozessieren in derselben Sache und widersprüchliche Feststellungen angesichts der bewusst engen Grenzen der Rechtskraft im Landschaftsbild der Zivilprozesse kaum vermieden werden. Stattdessen geht ausschließlich die Enge der Einrede des § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO auf die genannten öffentlichen Interessen zurück; ansonsten werden öffentliche Interessen lediglich im Reflex des Schutzes der Individualinteressen verwirktlicht.<sup>96</sup>

## **2. Der nahezu ausgeschlossene Schutz des Dritten in seinem Interesse an der Gewähr (proaktiven) Rechtsschutzes im Primärprozess**

Der Dritte kann in verwobenen Mehrpersonenkonflikten ein Interesse daran haben, auf die Entscheidungsfindung im Primärprozess einzuwirken und sich so (proaktiven) Rechtsschutz zu verschaffen, da das Primärurteil jedenfalls mittelbar auf seine Rechtsstellung einwirkt.<sup>97</sup> Sein Interesse wird nach der hinter den §§ 66 ff. ZPO stehenden Bewertung jedoch – in den für diese Untersuchung allein relevanten Fällen der einfachen Nebenintervention – nahezu nicht geschützt, da die §§ 66 Abs. 1, 67 Satz 1 ZPO nur eine vollständig vom Willen der Hauptpartei abhängige Prozessführungsbefugnis gewähren, was Rechtsschutz des Dritten praktisch betrachtet regelmäßig ausschließen wird.<sup>98</sup>

## **3. Der grundsätzlich absolute Schutz des Verfahrensgegners in seinem Interesse an einem verzögerungsfreien Ablauf des Primärprozesses**

Dem Verfahrensgegner, der an einer Beteiligung des Dritten regelmäßig kein Interesse hat, wird nach der gesetzlichen Bewertung zwar kein „Recht auf einen Zweikampf“ zugestanden. Jedoch wird sein Interesse, dass sich der Primärprozess durch die Intervention des Dritten nicht verzögert, durch die Struktur des Zwi-

---

<sup>95</sup> S. dazu oben § 3 I. 4. a) (S. 95 ff.).

<sup>96</sup> S. zum Ganzen oben § 3 I. 4. c) (S. 99 ff.).

<sup>97</sup> S. dazu oben § 3 III. 1. (S. 108 ff.).

<sup>98</sup> S. dazu oben § 3 III. 2. (S. 111 ff.).

schenstreits nach § 71 ZPO und das Prinzip der Akzessorietät der Streithilfe grundsätzlich absolut geschützt.<sup>99</sup>

#### 4. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten

Hinsichtlich der Verteilung der interventionsbedingten Kosten ist eine entscheidende weitere Korrektur des völlig missglückten § 101 Abs. 1 ZPO notwendig: Der Verfahrensgegner darf nicht mit den interventionsbedingten Mehrkosten belastet werden, da diese Kosten schwerpunktmäßig im Interesse der Hauptpartei oder des Dritten veranlasst und daher auch in diesem Verhältnis zu verteilen sind. Der Weg für eine entsprechende Korrektur der Kostenverteilung steht bereits *de lege lata* offen. Die interventionsbedingten Mehrkosten sind dem Veranlassungsprinzip folgend zu verteilen: Tritt der Dritte dem Primärprozess eigeninitiativ bei, hat dieser die Kosten unabhängig vom Ausgang des Primär- und des Sekundärprozesses grundsätzlich selbst zu tragen. Beruht der Beitritt des Dritten hingegen auf einer Streitverkündung, sind die interventionsbedingten Mehrkosten unabhängig vom Ausgang des Primärprozesses grundsätzlich von der Hauptpartei zu tragen.<sup>100</sup>

### III. Die Legitimation eines vom Konsensprinzip ausgenommenen Streitverkündungsrechts im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO

Hinsichtlich einer eigeninitiativen Nebenintervention in ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO ist der herrschenden Auffassung darin beizupflichten, dass die Intervention des Dritten wertungsmäßig nicht ohne Zustimmung der Verfahrensparteien zulässig ist.<sup>101</sup>

Hingegen kann einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung entgegen der derzeit herrschenden Auffassung<sup>102</sup> – wertungsmäßig und damit jedenfalls *de lege ferenda* – grundsätzlich Wirkung beigemessen werden, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat. Und der Dritte kann auf eine Streitverkündung hin intervenieren, ohne dass der Verfahrensgegner oder die Schiedsrichter dem zugestimmt haben.<sup>103</sup> Hierzu ist das Instrument der Streitverkündung in einigen Punkten nach Maßgabe schiedsverfahrensspezifischer Wertungen anzupassen. Zudem muss die Streitverkündungswirkung, um den Dritten vor der im Schiedsverfahren weitgehend eröffneten Parteidisposition zu schützen, ge-

<sup>99</sup> S. dazu oben § 3 IV. (S. 122 ff.).

<sup>100</sup> S. dazu oben § 3 V. 2. c) (S. 128 ff.).

<sup>101</sup> S. dazu oben § 4 I. 4. (S. 158 ff.).

<sup>102</sup> S. zu dieser die Nachweise oben § 1 I. (S. 28) in Fn. 26.

<sup>103</sup> S. dazu oben § 4 (S. 134 ff.).

nerell unter den Vorbehalt gestellt werden, dass der von den Parteien geschaffene prozedurale Rahmen des primären Schiedsverfahrens dem Dritten effektiven Rechtsschutz gewährleistet.<sup>104</sup>

### **1. Die durch einen wertenden Vergleich zum Bereich staatlicher Zivilprozesse gerechtfertigte Beschränkung der Privatautonomie des Streitverkündungsempfängers**

Insoweit greift zunächst der Einwand der herrschenden Auffassung zu kurz, die Annahme einer arbitralen Streitverkündungswirkung ohne Zustimmung des Dritten würde seine Privatautonomie verletzen und also einem „Vertrag zulasten des Dritten“ gleichkommen. Die Frage ist durch eine Abwägung zu beantworten,<sup>105</sup> wobei ein wertender Vergleich zur Stellung des Dritten im Bereich staatlicher Zivilprozesse für eine prinzipielle Wirksamkeit spricht:<sup>106</sup> Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass eine zivilprozessuale Streitverkündung nicht nur unabhängig von der sachlichen, örtlichen und Rechtswegzuständigkeit des Primärgerichts über das Rechtsverhältnis des Dritten zur Hauptpartei wirksam ist, sondern auch unabhängig von der internationalen Zuständigkeit. Der Dritte kann also etwa durch ein der Streitverkündung ähnliches *vouching in* in einen US-amerikanischen Primärprozess hineingezogen werden. Die darauffolgende streitverkündungsähnliche Bindungswirkung der *issue preclusion* ist in einem deutschen Sekundärprozess nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anzuerkennen. Für Streitverkündungswirkungen aus europäischen Zivilprozessen ergibt sich dies aus Art. 65 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 EuGVVO. Darin ist die Wertungsentscheidung zu sehen, dass einem Streitverkündungsempfänger ein gegenüber dem Sekundärprozess möglicherweise erheblich abweichender Rahmen der Streitbeilegung zugemutet werden kann. Vor diesem Hintergrund erscheint dem Dritten auch der mit der arbitralen Streitverkündungswirkung verbundene, teilweise „Verzicht“ auf bestimmte im staatlichen Zivilprozess geltende Institutionen und Verfahrensprinzipien zumutbar. Die Gerichtsstands- ebenso wie die Schiedsvereinbarung können im Hinblick auf die Streitverkündungswirkung insofern als zulässige Verträge mit Lastwirkung für den Dritten verstanden werden. Auch verzichtet die Hauptpartei mit Abschluss der Schiedsvereinbarung nicht konkludent auf den Schutz durch eine Streitverkündung: Ein dahingehender Verzichtswille kann weder einer Schiedsvereinbarung noch den meisten in der Praxis verbreiteten Schiedsordnungen entnommen werden. Schließlich kann die heteronome Wirksamkeit der Streitverkündung trotz der privaten Natur der Schiedsgerichtsbarkeit legitimiert werden: Die streitverkündungsbedingte Kognition des Schiedsgerichts ist Kognition kraft des durch den Streitverkün-

<sup>104</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. b) bb) (S. 149 ff.) (Herleitung) und oben § 5 (S. 235 ff.) (nähere Konturierung des Vorbehalts).

<sup>105</sup> S. dazu oben § 4 I. 1. (S. 137 ff.).

<sup>106</sup> S. dazu oben § 4 I. 2. (S. 139 ff.).

nungsgrund vermittelten Sachzusammenhangs, kraft Freistellung der Hauptpartei vom Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts.

Dem Verfahrensgegner schließlich kann ein streitverkündungsbedingter Beitritt des Dritten grundsätzlich ohne dessen Zustimmung zugemutet werden kann, da die Akzessorietät der Streithilfe absichert, dass weder das Schiedsverfahren verzögert noch die Handlungsbefugnisse der Hauptpartei ausgeweitet werden.<sup>107</sup>

## **2. Der in Konstellation II zulässige, in Konstellation I unzulässige, teilweise Entzug des zivilprozessualen Instanzenzugs**

Im Umfang der Streitverkündungswirkung wird dem Dritten durch die im Primärverfahren beschränkte Entscheidungskontrolle (vgl. §§ 1059 Abs. 1; 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO) teilweise der zivilprozessuale Instanzenzug entzogen. In Konstellation II (Schiedsverfahren – Schiedsverfahren) ist dies ohne Weiteres legitim, da der Dritte insoweit hinsichtlich der Feststellung über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei insgesamt auf den zivilprozessualen Instanzenzug verzichtet hat.<sup>108</sup> Hingegen kann die Beschränkung des Instanzenzugs in Konstellation I (Schiedsverfahren – Zivilprozess) nicht gerechtfertigt werden, weil die ungleich kürzer greifenden Beschränkungen des Instanzenzugs im Bereich staatlicher Zivilprozesse Ausdruck der Wertungsentscheidung sind, dass dem Dritten gegenüber die Gewähr der Richtigkeit der Entscheidung nur in maßvollem Umfang eingeschränkt werden darf.<sup>109</sup> Eine arbitrale Streitverkündungswirkung könnte in Konstellation I nurmehr angenommen werden, wenn dem Dritten eine Einrede gegen die Streitverkündungswirkung eröffnet wird, soweit der Schiedsspruch in einem hypothetisch eröffneten zivilprozessualen Instanzenzug mit plausibler Möglichkeit günstiger ausgefallen wäre.

## **3. Das im selben Umfang wie vor staatlichen Gerichten zu gewährende rechtliche Gehör des Dritten**

Das rechtliche Gehör des Dritten stellt für eine Streitverkündung im Schiedsverfahren keine Hürde dar: Es kann und muss von Schiedsgerichten im selben Umfang wie durch staatliche Gerichte gewährt werden. Soweit das rechtliche Gehör des Dritten durch Widerspruch der Hauptpartei gegen seine Prozesshandlungen beschnitten wurde, steht ihm gegen die Streitverkündungswirkung eine Einrede zu (*exceptio inauditaе alterae partis*).<sup>110</sup>

<sup>107</sup> S. dazu oben § 41.3. (S. 157 f.).

<sup>108</sup> S. dazu oben § 4III.1. (S. 168).

<sup>109</sup> S. dazu oben § 4III.2. (S. 168 ff.).

<sup>110</sup> S. dazu oben § 4IV. (S. 174 f.).

#### **4. Die Streitverkündung als gerechtfertigte Ausnahme von einer möglichen Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens; der legitime interventionsbedingte Entzug der Öffentlichkeit**

Entgegen der herrschenden Auffassung verletzt die Verkündung des Streits und die Intervention des Dritten im primären Schiedsverfahren nicht dessen mögliche Vertraulichkeit. Schiedsverfahren sind zunächst entgegen dem landläufigen Anspruch nur dann vertraulich, wenn die Schiedsparteien dies vereinbart haben (wobei dem Abschluss der Schiedsvereinbarung kein dahingehender konkludenter Erklärungsgehalt entnommen werden kann).<sup>111</sup> Die Verkündung des Streits und die darauffolgende Intervention ist daher in Verfahren nach zahlreichen nicht zur Vertraulichkeit verpflichtenden Schiedsordnungen ohne Weiteres zulässig (insbesondere den der ICC, AAA, des VIAC und der UNCITRAL).<sup>112</sup> Nach vorzugswürdiger Auffassung sind sie darüber hinaus auch bei allgemeiner Verpflichtung zur Vertraulichkeit zulässig (insbesondere in Verfahren nach der DIS-SchO, LCIA-SchO und den Swiss-Rules), weil die Hauptpartei hierdurch ihr berechtigtes Interesse an einer effektiven Rechtsverfolgung bzw. -abwehr ausübt.<sup>113</sup>

Gegenüber dem Dritten kann die arbitrale Streitverkündungswirkung trotz der Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren legitimiert werden.<sup>114</sup> Ist auch der Sekundärprozess ein Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (Konstellation II), folgt dies schon daraus, dass der Dritte insgesamt hinsichtlich der Feststellung über sein Rechtsverhältnis zur Hauptpartei auf ein öffentliches Verfahren verzichtet hat. Der individualschützende Gehalt des Öffentlichkeitsgrundsatzes wird jedoch auch dann nicht verletzt, wenn der Sekundärprozess ein öffentlicher (deutscher) Zivilprozess ist (Konstellation I), da über das Primär- (vgl. §§ 1037 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1, 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und Sekundärverfahren genügend Öffentlichkeit dafür besteht, dass der Dritte vor unsachlicher Rechtsprechung geschützt ist. Vor diesem Hintergrund erscheint die Streitverkündung im Schiedsverfahren auch mit den Garantien der Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 47 Abs. 2 GRCh vereinbar.

#### **5. Das schiefe Bild vom „Entzug des gesetzlichen Richters“ – das stattdessen zu beachtende Gebot paritätischer Mitwirkung des Dritten bei der Konstituierung des Schiedsgerichts**

Entgegen dem Einwand der herrschenden Auffassung kann dem Dritten der gesetzliche Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht dadurch „entzogen“ sein, dass ein privates Schiedsgericht entscheidet.<sup>115</sup> Die hinter der Garantie stehende

<sup>111</sup> S. dazu oben § 4 V. 1. b) (S. 180 ff.).

<sup>112</sup> S. dazu oben § 4 V. 2. a) (S. 184 f.).

<sup>113</sup> S. dazu oben § 4 V. 2. b) (S. 184 ff.).

<sup>114</sup> S. dazu oben § 4 V. 3. (S. 189 ff.).

<sup>115</sup> S. dazu oben § 4 VI. 1. (S. 192 ff.).

Neutralität rechtsprechender Tätigkeit ist jedoch auch in Schiedsverfahren zu gewährleisten, wofür als Äquivalent zum gesetzlichen Richter das Gebot paritätischer Mitwirkung an der Konstituierung des Schiedsgerichts dient.<sup>116</sup> Der Dritte ist danach paritätisch an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen, wenn ihm gegenüber die Neutralität des Spruchkörpers konzeptionell gefährdet ist (insbesondere bei Wahl der Schiedsrichter *ad personam* durch die Parteien; nicht jedoch, wenn die Schiedsrichter durch eine gesichert neutrale Person oder Institution wie bspw. eine anerkannte Schiedsinstitution ausgewählt werden).<sup>117</sup> Er hat jedoch kein „Recht“ auf eine bestimmte Zusammensetzung des Spruchkörpers.<sup>118</sup>

Wie die Konstituierung unter Beteiligung des Dritten abzulaufen hat, hängt von der Zusammensetzung des Spruchkörpers ab:<sup>119</sup> (I) Ist ein Einzelschiedsrichter zu bestellen, muss der Dritte wie die Parteien an der Auswahl des Schiedsrichters beteiligt werden und also mit der Wahl des Kandidaten einverstanden sein. Kommt nur wegen des Dritten keine Einigung zustande, kann die Hauptpartei die Streitverkündung zurücknehmen oder sich für die Streitverkündungswirkung zum Preis einer Ersatzbestellung entscheiden. (II) Bei der Bestellung eines dreiköpfigen Schiedsgerichts haben sich die Hauptpartei und der Dritte zusammen auf einen beisitzenden Schiedsrichter zu einigen. Schlägt die Einigung auf Seiten der Hauptpartei (und des Dritten) fehl, hat die Ersatzbestellung grundsätzlich nur auf ihrer Parteiseite zu erfolgen. Eine Ersatzbestellung *auch* auf Seiten des Verfahrensgegners im Sinne der Dutco-Regel ist weder notwendig noch angezeigt.<sup>120</sup> Bleibt der Dritte bei der Konstituierung trotz rechtzeitiger Streitverkündung der Hauptpartei untätig, darf die Hauptpartei den von ihrer Parteiseite zu benennenden Schiedsrichter – mit Blick auf die Wertung des § 1034 Abs. 2 ZPO – allein benennen.<sup>121</sup>

## 6. Die Zulässigkeit der Intervention des Dritten unabhängig von der Zustimmung der Schiedsrichter

Auf eine Zustimmung der Schiedsrichter zur (streitverkündungsbedingten) Intervention des Dritten kommt es entgegen teilweise geäußerter Ansicht nicht an.<sup>122</sup> Dies gilt ohne Weiteres für den praktischen Regelfall, dass der Dritte schon vor der Konstituierung des Schiedsgerichts beitrifft, da den Schiedsrichtern die Intervention des Dritten bei Annahme des Schiedsrichteramts dann regelmäßig bekannt sein wird. Im absoluten Regelfall haben die Schiedsrichter aber auch dann kein „Veto-recht“ und können den Schiedsrichtervertrag wegen des Beitritts des Dritten auch

<sup>116</sup> S. dazu oben § 4 VI. 2. (S. 194 ff.).

<sup>117</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. a) (S. 197 ff.).

<sup>118</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) aa) (S. 201 f.).

<sup>119</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. c) bb) (S. 203 ff.).

<sup>120</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. d) (S. 208 ff.).

<sup>121</sup> S. dazu oben § 4 VI. 3. e) (S. 211 ff.).

<sup>122</sup> S. dazu oben § 4 VII. (S. 213 ff.).



nicht kündigen, wenn der Dritte erst nach der Konstituierung des Schiedsgerichts beitrifft. Denn sie übernehmen mit dem Schiedsrichterauftrag grundsätzlich das Risiko, dass sich der (prognostizierte) Arbeitsaufwand aufgrund der Verfahrensgestaltung und -führung der Parteien erhöht. Die Streithilfe des Dritten ist von dieser Risikoübernahme ohne Weiteres erfasst.

### **7. Die gegenüber § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO hinsichtlich einer arbitralen Streitverkündungswirkung weiter zu fassende Einrede mangelhafter Prozessführung**

Die Einrede mangelhafter Prozessführung der Hauptpartei (*exceptio mali processus*) ist dem Dritten im Schiedsverfahren weiter als nach § 68 Hs. 2 Var. 3 ZPO zu gewähren, da den für die Enge der Einrede im staatlichen Zivilprozess maßgeblichen öffentlichen Interessen in Schiedsverfahren kein Gewicht zukommt.<sup>123</sup> Dem Dritten ist die *exceptio mali processus* somit schon dann zu gewähren, wenn die Hauptpartei hinsichtlich ihrer Prozessführung ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft, der mindestens vergleichbar mit dem des Dritten ist.<sup>124</sup>

### **8. Die Verteilung der streitverkündungs- und interventionsbedingten Kosten**

Die in dieser Arbeit zum staatlichen Zivilprozess entwickelte Kostenverteilung ist auf Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO übertragbar, da das für die Verteilung maßgebliche Veranlassungsprinzip auch hier Geltung beansprucht.<sup>125</sup> Das bedeutet: (I) Die Streitverkündungskosten im Vorfeld einer Streithilfe trägt unabhängig vom Ausgang des Primär- und Sekundärverfahrens die Hauptpartei. (II) Die Kosten, die der Dritte im Rahmen seiner zur Hauptpartei akzessorischen Prozessführung verursacht und die also Kosten ersetzen, die ohnehin anlässlich der Prozessführung zwischen den Verfahrensparteien angefallen wären, werden als Kosten des Rechtsstreits behandelt und im Verhältnis der Parteien des Primärverfahrens verteilt. (III) Die Kosten eines möglichen Zwischenstreits über die Zulassung der Nebenintervention trägt, je nach Ausgang des Zwischenstreits, entweder der ohne Interventionsgrund beitretende Dritte oder der zu Unrecht dessen Zurückweisung beantragende Verfahrensgegner. Soweit im Zwischenstreit unverhältnismäßig hohen Kosten entstehen – etwa, weil die Schiedsparteien mit den Schiedsrichtern ein unverhältnismäßig hohes Stundenhonorar vereinbart haben –, sind sie der Hauptpartei aufzuerlegen. (IV) Die sonstigen interventionsbedingten Mehrkosten (insbesondere die Kosten des Dritten für seine anwaltliche Beratung über den Beitritt und für seine anwaltliche Vertretung sowie durch den Dritten möglicherweise veranlasste Gebühren der Schiedsinstitution) trägt unabhängig vom Ausgang des

<sup>123</sup> S. dazu oben § 4IX. 1. (S. 222 ff.).

<sup>124</sup> S. dazu oben § 4IX. 2. (S. 225 f.).

<sup>125</sup> S. dazu oben § 4X. (S. 225 ff.).

Primär- und Sekundärverfahrens grundsätzlich die Hauptpartei (wobei ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch unberührt bleiben sollte).

#### IV. Der Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes als zentrale Bedingung für die Legitimierung eines arbitralen Streitverkündungsrechts

Die *ratio decidendi* des Court of Appeals, Second Circuit (New York), der erstmals im Fall *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*<sup>126</sup> ein *vouching in* im Schiedsverfahren ohne Zustimmung des Dritten für wirksam erachtet hat, weist jedoch darauf hin, dass die Annahme einer arbitralen Streitverkündungswirkung problematisch ist, weil der Rahmen des primären Schiedsverfahrens weitgehender Parteidisposition unterliegt und somit nicht gesichert ist, dass der durch die Streitverkündungswirkung vorverlagerte Rechtsschutz effektiv war.<sup>127</sup> Soll einer im Schiedsverfahren erklärten Streitverkündung Wirkung beigemessen werden, muss diese Gefahr ausgeräumt werden. Hierzu ist die Streitverkündungswirkung unter den Vorbehalt zu stellen, dass dem Dritten im Schiedsverfahren effektiver Rechtsschutz zukam. Der Vorbehalt hat seinen Ursprung im allgemeinen Justizgewähranspruch des Dritten und dem daraus abgeleiteten Gebot effektiven Rechtsschutzes.<sup>128</sup>

Dieser Vorbehalt ist näher zu konturieren:<sup>129</sup> Er ist einzelfallbezogen und zugleich generell: Die Streitverkündungswirkung muss generell entfallen, wenn auch nur eine Verfahrensgestaltung den Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes begründet. Das übergeordnete Kriterium des Vorbehalts ist, dass der *Rechtsschutz* im primären Schiedsverfahren *effektiv* sein muss. Ob dies der Fall ist, ist anhand sämtlicher Verfahrensgarantien zu beurteilen, die sich unter dem Gebot effektiven Rechtsschutzes bündeln (insbesondere Gehör, Neutralität und Richtigkeitsgewähr). Während der Maßstab für die Neutralitätsgewähr das absolute Ideal der Neutralität ist, genügt das primäre Schiedsverfahren der Richtigkeitsgewähr und dem rechtlichen Gehör schon dann, wenn es *mindestens* das Niveau des Sekundärprozesses erreicht. Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zumutbarkeit trägt die Hauptpartei.

<sup>126</sup> *SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos*, 845 F.2d 1157 (2d Cir. 1988). Gefestigt in *Duferco Intern. Steel v. T. Klaveness Shipping*, 333 F.3d 383 (2d Cir. 2003) und aufgegriffen von *Universal Am. Barge Corp. v. J-Chem, Inc.*, 946 F.2d 1131, 1136 (5th Cir. 1992).

<sup>127</sup> S. dazu oben § 41.2. b) bb) (S. 149 ff.).

<sup>128</sup> S. dazu oben § 4II. (S. 162 ff.).

<sup>129</sup> S. dazu oben § 5I. (S. 237 ff.).

## 1. Die zeitlichen Grenzen einer arbitralen Streitverkündung ohne Zustimmung des Dritten

Infolge des Vorbehalts sind der Streitverkündung enge zeitliche Grenzen gezogen, wenn dem Dritten eine paritätische Mitwirkung an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu ermöglichen ist:<sup>130</sup> Die Hauptpartei muss den Streit vor diesem Hintergrund grundsätzlich spätestens zu einem Zeitpunkt verkündet haben, ab dem der Dritte noch paritätisch an der im konkreten Verfahren geltenden Konstituierungsphase beteiligt werden kann. Hierfür ist die Hauptpartei darlegungs- und beweisbelastet. Verkündet die Hauptpartei den Streit danach zu spät, ist die Streitverkündung schwebend unwirksam und kann nurmehr durch Zustimmung des Dritten zum konstituierten Schiedsgericht oder durch Rügeverlust in analoger Anwendung des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO wirksam werden. Eine Streitverkündung ist im Schiedsverfahren unter Wahrung dieser Vorgaben – unter gewissen Abzügen in der Attraktivität je nach einschlägigem Konstituierungsverfahren und abhängig davon, ob der Streit auf Kläger- oder Beklagtenseite verkündet wird – zwar schon im geltenden, von gängigen Schiedsordnungen gesteckten Rahmen in grundsätzlich praktikabler Weise möglich. Damit die Streitverkündung im Schiedsverfahren ein rundum attraktives Instrument darstellen kann, sind jedoch entweder Regelungen zur Mitwirkung des Dritten an der Konstituierung in den §§ 1025 ff. ZPO aufzunehmen oder entsprechende Vereinbarungen zwischen der Hauptpartei und dem Verfahrensgegner (wie bspw. nach Vorbild der DIS-ERS) zu treffen.

## 2. Einordnung weiterer in der Schiedspraxis verbreiteter Verfahrensgestaltungen

Keinen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung begründen: eine Englische Verfahrenssprache (bzw. eine andere Verfahrenssprache als im Sekundärprozess);<sup>131</sup> eine Beschränkung auf eine umfassende mündliche Verhandlung;<sup>132</sup> eine virtuelle Durchführung der mündlichen Verhandlung (*remote hearing*);<sup>133</sup> die Durchführung einer *document production*;<sup>134</sup> ein Zeugenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell;<sup>135</sup> ein Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell, *wenn* die von den Schiedsparteien eingebrachten Parteigutachten nicht zu Lasten der Rechtsposition des Dritten übereinstimmen;<sup>136</sup> eine Entscheidungsfin-

<sup>130</sup> S. dazu oben § 5 II. 1. (S. 240 ff.).

<sup>131</sup> S. dazu oben § 5 II. 2. a) (S. 251 ff.).

<sup>132</sup> S. dazu oben § 5 II. 2. b) (S. 252 f.).

<sup>133</sup> S. dazu oben § 5 II. 2. c) (S. 254 ff.).

<sup>134</sup> S. dazu oben § 5 II. 3. a) (S. 256 ff.).

<sup>135</sup> S. dazu oben § 5 II. 3. b) (S. 259 ff.).

<sup>136</sup> S. dazu oben § 5 II. 3. b) (S. 259 ff.).

dung nach dem Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*balance of probabilities* oder *preponderance of evidence*).<sup>137</sup>

Einen Vorbehalt gegen die Streitverkündungswirkung begründen: ein Sachverständigenbeweis nach anglo-amerikanischem Modell, *wenn* die von den Schiedsparteien eingebrachten Parteigutachten zulasten der Rechtsposition des Dritten übereinstimmen;<sup>138</sup> die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens (*expedited procedure*);<sup>139</sup> der Erlass eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut.<sup>140</sup>

## **V. De lege lata: Die insgesamt nicht überzeugende „materiellrechtliche“ Konstruktion einer arbitralen Streitverkündungswirkung**

Um einer im Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO erklärten Streitverkündung bereits *de lege lata* Wirkung beizumessen, bleibt (nachdem eine analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO ausscheidet) eine „materiellrechtliche“ Konstruktion zu erwägen.<sup>141</sup> Der Ansatz ist mit Blick auf das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht und auf die geschichtlichen Wurzeln der Streitverkündung in Deutschland legitim.<sup>142</sup>

Eine materiellrechtliche Konstruktion der Streitverkündungswirkung überzeugt im Ergebnis jedoch nicht. Dies gilt zunächst für den Ansatz, eine Streitverkündungswirkung (wie einst in Österreich und noch immer in der Schweiz) aus der Haftung des Dritten für eine Pflicht zur Unterstützung der Hauptpartei im Primärprozess zu folgern.<sup>143</sup> Denn der Haftungsgrund wäre zugleich zu weit und zu eng: Zu weit, weil die Haftung für die Unterstützungspflicht mit einem Schadensersatzanspruch – weit über eine Streitverkündungswirkung hinaus – eine Ersatzpflicht für grundsätzlich alle aus dem negativen Urteil im Primärprozess folgenden Schäden zum Inhalt hätte. Zu eng, weil dem Dritten mit der von einer Pflichtverletzung abhängigen Haftung nicht auch das *neutrale*, nicht von ihm mitverursachte Risiko einer unrichtigen Entscheidung des Primärprozesses auferlegt werden kann. Ist dem Rechtsverhältnis der Hauptpartei zum Dritten allerdings im Einzelfall eine Unterstützungspflicht zu entnehmen, folgt daraus – wie von *Riehm* in ZZP 134 (2021), 3 ff. entwickelt – eine faktische Bindungswirkung, die eine Streitverkündungswirkung zum Teil substituiert.

<sup>137</sup> S. dazu oben § 5 II. 3. c) (S. 265 ff.).

<sup>138</sup> S. dazu oben § 5 II. 3. b) (S. 259 ff.).

<sup>139</sup> S. dazu oben § 5 II. 4. a) (S. 269 ff.).

<sup>140</sup> S. dazu oben § 5 II. 4. b) (S. 274 f.).

<sup>141</sup> S. dazu oben § 6 (S. 277 ff.).

<sup>142</sup> S. dazu oben § 6 I. (S. 278 ff.).

<sup>143</sup> S. dazu oben § 6 III. (S. 292 ff.).

Auf dieser Erkenntnis fußt die Idee, bereits den Inhalt der Pflicht darauf zuzuschneiden, was die Streitverkündung bewirken soll: Auf eine durch Verkündung des Streits ausgelöste Pflicht des Dritten, im Sekundärprozess nichts gegen die Richtigkeit der tragenden und mit dem Streitverkündungsgrund korrespondierenden Feststellungen des Primärgerichts einzuwenden (Freistellungspflicht).<sup>144</sup> Mit der Dogmatik der Nebenpflichten erscheint die Annahme einer solchen Freistellungspflicht insgesamt mehr oder weniger vereinbar. Gleichwohl wird der Ansatz nicht zur Umsetzung angeraten, da die behelfsmäßige Konstruktion der Freistellungspflicht und ihre Aufladung mit den zahlreichen, fein ausdifferenzierten Voraussetzungen der Streitverkündungswirkung gleichermaßen wie eine „bruchstückhafte“ analoge Anwendung der §§ 66 ff., 72 ff. ZPO einer klaren gesetzlichen Grundlage entbehrt und insofern kaum erstrebenswert ist. Der Fokus ist stattdessen darauf zu richten, *de lege ferenda* ein gesetzliches Instrument einer Streitverkündung im Schiedsverfahren zu schaffen.

## **VI. Die prozessrechtliche Qualifikation der Streitverkündung – Konsequenzen für ihre „Anwendung“ und „Anerkennung“ in grenzüberschreitenden Streitigkeiten**

Mit Blick auf internationale Schiedsverfahren wird relevant, wie die (streitverkündungsbedingte) Intervention des Dritten im Primärprozess und die Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess kollisionsrechtlich zu qualifizieren sind. Maßgeblich ist hierfür eine funktional-teleologische Qualifikation.<sup>145</sup> Danach sind sowohl die (streitverkündungsbedingte) Intervention des Dritten im Primärprozess als auch die Streitverkündungswirkung im Sekundärprozess – trotz ihrer in besonderer Weise materiellrechtlichen Fundierung – prozessrechtlich zu qualifizieren und also nach der *lex arbitri* anzuknüpfen.<sup>146</sup>

Hieraus sind Konsequenzen für die Gebrauchsmöglichkeit einer Streitverkündung in internationalen Schiedsverfahren zu ziehen (wobei insbesondere an ein zukünftig ggf. in den §§ 1025 ff. ZPO geschaffenes Streitverkündungsrecht zu denken ist).<sup>147</sup> Je nachdem, welches Verfahrensrecht den Primär- und oder Sekundärprozess beherrscht, wäre die Streitverkündungswirkung kraft Normbefehls anzuwenden oder als Urteilswirkung ggf. anzuerkennen (s. die tabellarische Übersicht oben § 7 III. 2. a) (S. 334 f.)). Gelangen in Primär- und Sekundärprozess unterschiedliche Sachrechte zur Anwendung, berührt dies die Streitverkündungswirkung demgegenüber nicht *per se*, sondern beschränkt ihren Umfang auf eine Bindung an tatsächliche Feststellungen. Für eine Anerkennung kommen verschiedene rechtliche

<sup>144</sup> S. dazu oben § 6 IV. (S. 298 ff.).

<sup>145</sup> S. dazu oben § 7 I. (S. 316 ff.).

<sup>146</sup> S. dazu oben § 7 II. (S. 324 ff.).

<sup>147</sup> S. dazu oben § 7 III. (S. 328 ff.).

Rahmen in Betracht: Unter das UNÜ lässt sich eine Streitverkündungswirkung *de pactum latum* nicht fassen. Mit Blick in die ferne Zukunft wäre daher eine völkervertragliche Ergänzung des UNÜ das ideale Medium, sollte sich ein arbitrales Streitverkündungsrecht einmal international etablieren. Jenseits des UNÜ bleiben (bilaterale) Abkommen und die Öffnung des autonomen Anerkennungsrechts für arbitrale Drittwirkungen möglich. Sie wären auch für UNÜ-Vertragsstaaten vertragsgemäß.

## VII. Ein Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts

Die zentralen Erkenntnisse der Untersuchung geben Anlass für den Appell, in den §§ 1025 ff. ZPO Regelungen für eine im Schiedsverfahren erklärte Streitverkündung aufzunehmen, deren Wirkung grundsätzlich eintritt, ohne dass der Dritte Partei der Schiedsvereinbarung bzw. an diese gebunden ist oder der Streitverkündungswirkung zugestimmt hat.<sup>148</sup> Der Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung der Drittbeteiligung wurde bereits bei der Reform durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz von 1998 erkannt, besteht nach der seither erhaltenen Resonanz aus der Praxis und nach der Wahrnehmung in der Wissenschaft jedoch dringender denn je.<sup>149</sup> Die Implementierung eines arbitralen Streitverkündungsrechts eignet sich hierbei bestens als erster Zugriff auf das Problem der Drittbeteiligung, da sie empfindliche Defizite der Beilegung verwobener Mehrpersonenkonflikte in der Schiedsgerichtsbarkeit lösen und zugleich nur minimalinvasiv in das primäre Schiedsverfahren und das Konsensprinzip eingreifen würde.<sup>150</sup> Der nach dem derzeitigen Stand vorzugswürdige Ansatz ist hierfür ein nationaler Vorstoß durch Reform des Schiedsverfahrensrechts,<sup>151</sup> so wie ihn bereits einige Rechtsordnungen mit einer vom Konsensprinzip abgekoppelten *consolidation* bzw. einem *joinder* vorgenommen haben.<sup>152</sup> Die insbesondere in § 4 (S. 134 ff.) und § 5 (S. 235 ff.) gewonnenen Erkenntnis zur Notwendigkeit schiedsverfahrensspezifischer Modifikationen des Streitverkündungsrechts führen zu Leitlinien, die bei einer Reform aufzugreifen und zu diskutieren sind.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> S. dazu oben § 8 (S. 340 ff.).

<sup>149</sup> S. dazu oben § 8 I. 1. (S. 340 ff.).

<sup>150</sup> S. dazu oben § 8 I. 2. (S. 342 ff.).

<sup>151</sup> S. dazu oben § 8 I. 3. (S. 344 f.).

<sup>152</sup> S. dazu oben § 8 II. (S. 345 ff.).

<sup>153</sup> S. dazu oben § 8 III. (S. 347 ff.).

## Literaturverzeichnis

- Albers*, Stephan, Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, Frankfurt am Main/Berlin 1995 (zit. *Albers*, Der parteibestellte Schiedsrichter).
- Alexy*, Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Alfter*, Philipp, Das Beweismaß in der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Auswirkungen der best practice der document production auf den Beweis, Wiesbaden 2019 (zit. *Alfter*, Beweismaß im Schiedsverfahren).
- Altenkirch*, Markus, Die Beendigung des Schiedsrichtervertrags durch den Schiedsrichter, SchiedsVZ 2014, S. 113–121.
- Althammer*, Christoph, Streitgegenstand und Interesse – Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff, Tübingen 2012.
- Anders*, Monika/*Gehle*, Burkhard (Hrsg.), Zivilprozessordnung – mit GVG und anderen Nebengesetzen, 83. Aufl., München 2025 (zit. *Anders/Gehle/Bearbeiter*).
- Angoura*, Stavroula, The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration, Baden-Baden 2020 (zit. *Angoura*, Impartiality and Independence of Arbitrators).
- Arens*, Peter, Prozeßrecht und materielles Recht, AcP 173 (1973), S. 250–271.
- Armbrüster*, Christian, Prozessuale Besonderheiten in der Haftpflichtversicherung, r + s 2010, S. 441–458.
- Arnold*, Stefan, Zum Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. u.a. (Hrsg.), Europäische und internationale Dimension des Rechts – Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, Wien 2012, S. 11–27 (zit. *S. Arnold*, FS Simotta).
- Auer*, Marietta, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz – Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, S. 517–533.
- Austmann*, Andreas, Rechtsfragen der Nebenintervention im aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß, ZHR 158 (1994), S. 495–517.
- Ávila*, Humberto Bergmann, Theorie der Rechtsprinzipien, Berlin 2011 (zit. *Ávila*, Rechtsprinzipien).
- Bachmann*, Gregor/*Schirmer*, Jan-Erik, Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik – Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 371–402 (zit. *Bachmann/Schirmer*, FS Canaris II).
- Bachof*, Otto, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951.



- Bagner*, Hans, Confidentiality – A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?, J. Int. Arbitr. 18 (2001), S. 243–249.
- Baizeau*, Domitille/*Richard*, Juliette, Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?, in: Geisinger, Elliott (Hrsg.), Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration, Huntington 2016, S. 53–78 (zit. *Baizeau/Richard*, Confidentiality in International Arbitration).
- Bajons*, Ena-Marlis, Über Grenzen und Freiräume der New Yorker Schiedskonvention im Lichte der EMRK, in: Bammer, Armin/Holzinger, Gerhart u. a. (Hrsg.), Rechtsschutz gestern – heute – morgen – Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher, Wien/Graz 2008, S. 703–715 (zit. *Bajons*, FS Machacek und Matscher).
- Baldus*, Manfred, Die Einheit der Rechtsordnung – Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995 (zit. *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung).
- Banifatemi*, Yas, Expedited Proceedings in International Arbitration, in: International Chamber of Commerce (ICC) (Hrsg.), Expedited Procedures in International Arbitration, S. 9–33 (zit. *Banifatemi*, Expedited Procedures).
- Bar*, Christian von, Vertrauenshaftung ohne Vertrauen – Zur Prospekthaftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH –, ZGR 1983, S. 476–512.
- Bartels*, Axel, Bedeutung der Streitverkündung vor dem staatlichen Gericht für das nachfolgende schiedsrichterliche Verfahren, BB 2001 Beil. 7, S. 20–22.
- Barthe*, Christoph/*Gericke*, Jan (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung – mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl., München 2023 (zit. KK-StPO/*Bearbeiter*).
- Basedow*, Jürgen, Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht, in: Schlosser, Peter (Hrsg.), Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung – eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung, Bielefeld 1992, S. 131–156 (zit. *Basedow*, Materielles Recht und Prozeßrecht).
- Baumann*, Antje, Die Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren – ein Praxistest, in: Wilhelmi, Rüdiger/Stürner, Michael (Hrsg.), Mehrparteienschiedsverfahren – Unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, Wiesbaden 2021, S. 45–56 (zit. *Baumann*, Mehrparteienschiedsverfahren).
- Baumgärtel*, Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin 1957.
- Baumgartner*, Samuel P./*Dolge*, Annette/*Markus*, Alexander R./*Spühler*, Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.
- Baur*, Fritz, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.), Summum Ius Summa Iniuria – Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 97–116 (zit. *Baur*, Tübinger Ringvorlesung).
- Baur*, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.

- Becker-Eberhard*, Ekkehard, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis zwischen materiell-rechtlichem und prozessualem Kostenerstattungsanspruch, Bielefeld 1985 (zit. *Becker-Eberhard*, Kostenerstattung).
- beck-online.Grosskommentar BGB*, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, München 2015 ff. (zit. *BeckOGK-BGB/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, hrsg. von Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 73. Ed., München 2025 (zit. *BeckOK-BGB/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar BNotO*, hrsg. von Eschwey, Claudius, 11. Ed., München 2025 (zit. *BeckOK-BNotO/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar GG*, hrsg. von Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 60. Ed., München 2024 (zit. *BeckOK-GG/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online Kommentar GVG*, hrsg. von Graf, Jürgen Peter, 26. Ed., München 2024 (zit. *BeckOK-GVG/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar RVG*, hrsg. von Seltmann, Julia von, 67. Ed., München 2024 (zit. *BeckOK-RVG/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online Kommentar ZPO*, hrsg. von Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 55. Ed., München 2024 (zit. *BeckOK-ZPO/Bearbeiter*).
- Bellet*, Pierre, Le symposium international de varsovie – sur l'arbitrage international dans le litiges commerciaux multilatéraux, *RevArb* 1981, S. 50–65.
- Bellet*, Pierre, Remarque sur Cour de Cassation (1<sup>re</sup> Ch. civile) Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco, *RevArb* 1992, S. 473–482.
- Benedict*, Christoph, Mehrvertragsverfahren, Mehrparteienverfahren, Einbeziehung Dritter und Verbindung von Verfahren, *SchiedsVZ* 2018, S. 306–311.
- Berger*, Klaus Peter, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit – Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, Berlin/New York 1992.
- Berger*, Klaus Peter, Schiedsrichterbestellung in Mehrparteienchiedsverfahren – Der Fall „Dutco Construction“ vor französischen Gerichten, *RIW* 1993, S. 702–709.
- Berger*, Klaus Peter, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, *RIW* 1994, S. 12–18.
- Berger*, Klaus Peter, Die Ergänzenden Regeln für Beschleunigte Verfahren der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2008, S. 105–110.
- Beringe*, Harald von, Grenzen der Schiedsgerichtsbarkeit, *DB* 1954, S. 776–778.
- Bernstein*, Herbert, Prozessuale Risiken im Handel mit den USA – (Ausgewählte Fragen zu § 328 ZPO), in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), *Konflikt und Ordnung – Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, München 1978, S. 75–101 (zit. *Bernstein*, FS Ferid I).
- Bettermann*, Karl August, Streitgenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung, *ZZP* 90 (1977), S. 121–131.
- Biaggini*, Giovanni, *BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. *Biaggini*, OFK-chBV).

- Bischof*, Hans Helmut, Die Streitverkündung (I.), JurBüro 1984, Sp. 969–984.
- Bischof*, Hans Helmut, Die Streitverkündung (II.), JurBüro 1984, Sp. 1141–1150.
- Bischof*, Hans Helmut, Die Streitverkündung (IV.), JurBüro 1984, Sp. 1461–1470.
- Blackaby*, Nigel, Direct and Re-Direct Examination of the Witnesses, in: Bishop, Doak/Kehoe, Edward G. (Hrsg.), The Art of Advocacy in International Arbitration, 2. Aufl., New York 2010, S. 387–403 (zit. *Blackaby*, Art of Advocacy in International Arbitration).
- Blackaby*, Nigel/*Partasides*, Constantine/*Redfern*, Alan, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7. Aufl., Oxford 2022 (zit. *Blackaby/Partasides/Redfern*, International Arbitration).
- Blavi*, Fancisco/*Vial*, Gonzalo, The Burden of Proof in International Commercial Arbitration: Are We Allowed to Adjust the Scales, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 39 (2016), S. 41–80.
- Böckstiegel*, Karl-Heinz, Die Anerkennung der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 141–151 (zit. *Böckstiegel*, FS Schütze I).
- Böckstiegel*, Karl-Heinz, Taking Evidence in International Commercial Arbitration – Legal Framework and Trends in Practice, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, Köln 2010, S. 1–8 (zit. *Böckstiegel*, Taking of Evidence in International Arbitration).
- Böckstiegel*, Karl-Heinz/*Kröll*, Stefan/*Nacimiento*, Patricia, General Overview, in: dies. (Hrsg.), Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015 (zit. *Böckstiegel/Kröll/Nacimiento*, Arbitration in Germany).
- Bodungen*, Thilo von/*Pörnbacher*, Karl, Kosten und Kostentragung im Schiedsverfahren, in: Wissenschaftlicher Gesprächskreis Schiedsrecht München (Hrsg.), Taktik im Schiedsverfahren, Köln 2008, S. 121–151 (zit. *Bodungen/Pörnbacher*, Taktik im Schiedsverfahren).
- Boehmer*, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung – Erstes Buch, Tübingen 1950 (zit. *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I).
- Boehmer*, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung – Zweites Buch – Erste Abteilung, Tübingen 1951 (zit. *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II).
- Bogs*, Harald, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stuttgart u. a. 1966 (zit. *Bogs*, Verfassungskonforme Auslegung).
- Bond*, Michael J., The Standard of Proof in International Commercial Arbitration, Arbitration 2011, S. 304–317.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, 227. EL, Heidelberg 2024 (zit. BonnerKo-GG/*Bearbeiter*).
- Bork*, Reinhard, Drittbetroffenheit und rechtliches Gehör, in: National and Kapodistrian University of Athens, Faculty of Law, Research Institute of Procedural Studies (Hrsg.), Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus = Festschrift für Konstantinos D. Kerameus, Athen/Brüssel 2009, S. 141–164 (zit. *Bork*, FS Kerameus).

- Bork, Reinhard/Roth, Herbert* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Tübingen 2014 ff. (zit. Stein/Jonas/*Bearbeiter*).
- Bork, Reinhard/Roth, Herbert* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 24. Aufl., Tübingen 2024 (zit. Stein/*Bearbeiter*).
- Born, Gary B.*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2021.
- Borowski, Martin*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018.
- Borris, Christian*, Streiterledigung bei (MAC-)Klauseln in Unternehmenskaufverträgen: ein Fall für „Fast-Track“-Schiedsverfahren, BB 2008, S. 294–298.
- Borris, Christian*, Schiedsgerichtsbarkeit und D&O-Versicherung, r + s 2020, S. 316–323.
- Borris, Christian/Quinke, David/Kaehlbrandt, Anna/Wolff, Reinmar*, Die Ergänzenden Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS), SchiedsVZ 2024, S. 61–68.
- Böttcher, Reinhard/Rieß, Peter/Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz – Großkommentar, 25. Aufl., Berlin 2003 (zit. Löwe/Rosenberg/*Bearbeiter*).
- Böttcher, Eduard*, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, in: Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe 1960, S. 511–544 (zit. *Böttcher*, FS Deutscher Juristentag I).
- Böttcher, Eduard*, Prozeßrecht und Materielles Recht, ZJP 85 (1972), S. 1–29.
- Braksiek, Jana*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten im US-amerikanischen Recht und deren Anerkennung in Deutschland, Frankfurt am Main 2020 (zit. *Braksiek*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten).
- Brauer, W.*, Über die Grundlage und den Umfang der Nebenintervention, AcP 24 (1841), S. 423–468.
- Braun, Johann*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, JZ 1985, S. 339–341.
- Braun, Johann*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts – Erkenntnisverfahren, Tübingen 2014.
- Bredow, Jens*, Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut – Form und Inhalt, SchiedsVZ 2004, S. 295–301.
- Briggs, Adrian*, Private International Law in English Courts, Oxford 2014 (zit. *Briggs*, Private International Law).
- Brinkmann, Moritz*, Das lex fori-Prinzip und Alternativen, ZJP 129 (2016), S. 461–499.
- Brockmann, Tim*, Die Schiedsrichter Kündigung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Berlin u. a. 2018 (zit. *Brockmann*, Schiedsrichter Kündigung).
- Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo* (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO – Kommentar in 2 Bänden, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. DikeKo-chZPO/*Bearbeiter*).
- Bruns, Rudolf*, Die Erweiterung der Streitverkündung in den Gesetzgebungsarbeiten zur Novelle der deutschen Zivilprozessordnung, in: Fasching, Hans-Walter (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, S. 111–124 (zit. *R. Bruns*, FS Schima).

- Bruns*, Rudolf, Zivilprozeßrecht – Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., München 1979.
- Bubach*, Bettina/*Gallner*, Inken/*Heinkel*, Ronny (Hrsg.), KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 14. Aufl., Köln 2025 (zit. *KR/Bearbeiter*).
- Buchwitz*, Wolfram, Schiedsverfahrensrecht, Berlin/Heidelberg 2019.
- Bühler*, Michael W./*Heitzmann*, Pierre R., The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball?, *J. Int. Arbitr.* 34 (2017), S. 121–148.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ), Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts – mit einem Diskussionsentwurf zur Neuregelung des zehnten Buches der ZPO und Begründung zu den einzelnen Vorschriften 1994.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ), Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 18. April 2023, [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5).
- Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, 26. Juni 2024, [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2).
- Bydlinski*, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996 (zit. *F. Bydlinski*, System und Prinzipien).
- Bydlinski*, Franz, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, *AcP* 204 (2004), S. 309–395.
- Bydlinski*, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 2011 (zit. *F. Bydlinski*, Methodenlehre).
- Calavros*, Constantin, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1988 (zit. *Calavros*, UNCITRAL-Modellgesetz).
- Calliess*, Christian/*Ruffert*, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zit. *Calliess/Ruffert/Bearbeiter*).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen – Zugleich ein Beitrag für die Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, *JZ* 1965, S. 475–482.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. *Canaris*, Vertrauenshaftung).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: *Canaris*, Claus-Wilhelm/*Diederichsen*, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 27–110 (zit. *Canaris*, FS Larenz II).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit. *Canaris*, System).

- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Schmidt, Karsten/Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000, S. 129–197 (zit. *Canaris*, FS BGH (50 Jahre)).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell, Heinrich/Zäch, Roger u. a. (Hrsg.), Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 141–159 (zit. *Canaris*, FS Ernst A. Kramer).
- Canstein*, R. von, Die Stellung des Nebenintervenienten nach der Civilprozessordnung, ZJP 8 (1885), S. 217–253.
- Carlson*, Marinn, The Examination and Cross-Examination of Witnesses, in: International Council for Commercial Arbitration (ICCA) (Hrsg.), Arbitration Advocacy in Changing Times – ICCA Congress Series No. 15, Austin u. a. 2011, S. 202–206 (zit. *Carlson*, ICCA Congress Series No. 15).
- Carruthers*, Janeen M., Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages, ICLQ 53 (2004), S. 691–711.
- Centner*, Björn, Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren – Eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Grundlagen der Rechtsermittlung, Tübingen 2019 (zit. *Centner*, Iura novit curia).
- Chen*, Lei, Will Virtual Hearings Remain in Post-pandemic International Arbitration?, Int. J. Semiot. Law 2023.
- Clifford*, Philip/Wade, Shai, A Commentary on the LCIA Arbitration Rules 2020, 2. Aufl., London 2022 (zit. *Clifford/Wade*, LCIA Arbitration Rules 2020).
- Coester-Waltjen*, Dagmar, Internationales Beweisrecht – Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, Ebelsbach 1983.
- Coing*, Helmut, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, S. 481–485.
- Cook*, Walter Wheeler, „Substance“ and „Procedure“ in the Conflict of Laws, Yale L. J. 42 (1933), S. 333–358.
- Craig*, William Laurence, Means of Recourse and Enforcement of Awards, in: Bellet, Pierre (Hrsg.), Multi-party arbitration – Views from international arbitration specialists, Paris 1992, S. 217–233 (zit. *Craig*, ICC multi-party arbitration).
- Cromwell*, Thurston K., Arbitration and Its Collateral Estoppel Effect on Third Parties – Vandenberg v. Superior Court, J. Disp. Resol. 2000, S. 423–437.
- Dahlmanns*, Gerhard J., Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts – Materialien zur Entwicklungsgeschichte der ZPO, Aalen 1971 ff.
- Danwerth*, Christopher, Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, ZfPW 2017, S. 230–249.
- Dätwyler*, Cornelia, Gewährleistungs- und Interventionsklage nach französischem Recht und Streitverkündung nach schweizerischem und deutschem Recht im internationalen Verhältnis nach IPRG und Lugano-Übereinkommen unter Berücksichtigung des Vorentwurfs

- zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung, St. Gallen/Laachen 2005 (zit. *Dätwyler*, Drittbeteiligung).
- Dauner-Lieb*, Barbara/*Langen*, Werner (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB, 4. Aufl., Baden-Baden/Berlin 2021 (zit. *Dauner-Lieb/Langen/Bearbeiter*).
- Deckenbrock*, Christian/*Dötsch*, Wolfgang, Terra incognita – Wegfall der Interventionswirkung bei Verkürzung von Rechtsmittelfristen?, JR 2004, S. 6–12.
- Decker*, Eric, Das neue beschleunigte Verfahren der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2019, S. 75–81.
- Deixler-Hübner*, Astrid, Die Nebenintervention im Zivilprozeß, Wien 1993 (zit. *Deixler-Hübner*, Nebenintervention).
- Delaume*, Georges R., Switzerland: Decisions of the Court of Justice of Geneva and the Federal Tribunal (Excerpts) Concerning Award in Westland Helicopters Arbitration, ILM 28 (1989), S. 687–692.
- Delvolve*, J.-L., Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation, Arbitr. Int. 9 (1993), S. 197–202.
- Dernburg*, Heinrich, Etwas über die Streitverkündung in sogenannten regressorischen Rechtsstreiten, ZCP 2 (1846), S. 1–52.
- Detterbeck*, Steffen, Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, AcP 192 (1992), S. 325–340.
- Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS)*, Ergänzende Regeln für Streitverkündungen (DIS-ERS) – Practice Note, 15. März 2024, [https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/DIS-ERS\\_-\\_Practice\\_Note\\_-\\_DE\\_3-2024.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/DIS-ERS_-_Practice_Note_-_DE_3-2024.pdf).
- Dicey*, Albert Venn/*Morris*, John Humphrey Carlile/*Collins*, Lawrence, The Conflict of Laws, 16. Aufl., London 2022 (zit. *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws).
- Diedrich*, Kay, Die Interventionswirkung – Ausprägung eines einheitlichen Konzepts zivilprozessualer Bindungswirkung 2000 (zit. *Diedrich*, Interventionswirkung).
- Diesselhorst*, Malte, Mehrparteischiedsverfahren – Internationale Schiedsverfahren unter Beteiligung von mehr als zwei Parteien, Frankfurt am Main 1994.
- Dogan*, Sait, Der stille Kommanditist in der Publikums-KG – Die Dogmatik der qualifizierten Treuhand, ihr Haftungsregime und Auskunftsansprüche, Baden-Baden 2021.
- Dombek*, Bernhard, Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie, Berlin 1969 (zit. *Dombek*, Tübinger Schule).
- Dore*, Isaak I., Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration – with special reference to the UNCITRAL Framework, London u. a. 1990.
- Dorpalen*, Andreas, Gibt es eine Interventionswirkung zuungunsten der unterstützten Hauptpartei?, Judicium 5 (1933), S. 239–246.
- Dreier*, Ralf, Konstitutionalismus und Legalismus – Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: Kaufmann, Arthur/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Zacher, Hans F. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, S. 87–109 (zit. *Dreier*, FS Maihofer).
- Droese*, Lorenz, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, SZPP 2010, S. 305–321.



- Dürig, Günter/*Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 106. EL, München 2024 (zit. *Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter*).
- Eberl, Stephanie/*Eberl, Walter*, § 1 Praktische Durchführung der Beweisaufnahme, in: Eberl, Walter (Hrsg.), *Beweis im Schiedsverfahren*, Baden-Baden 2015, S. 25–47 (zit. *Eberl/Eberl, Beweis im Schiedsverfahren*).
- Ehrenzeller, Bernhard (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. *St. GallerKo-chBV/Bearbeiter*).
- Eibner, Josef-Adolf, *Möglichkeiten und Grenzen der Streitverkündung* 1986 (zit. *Eibner, Streitverkündung*).
- Eibner, Josef-Adolf, *Aktuelle Probleme des Streitverkündungsrechts – Teil 1*, JurBüro 1988, Sp. 150–159.
- Eibner, Josef-Adolf, *Aktuelle Probleme des Streitverkündungsrechts – Teil 2*, JurBüro 1988, Sp. 281–289.
- Ekelöf, Per Olof, *Das rechtliche Interesse als Interventionsgrund*, in: Freisler, Roland (Hrsg.), *Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag am 24. April 1938*, Jena 1938, S. 206–214 (zit. *Ekelöf, FS Hedemann*).
- Ekert, Stefan/*Meller-Hannich, Caroline/Nöhre, Monika/Höland, Armin/Gelbrich, Katharina/Poel, Lisa/Hundertmark, Lukas/Moser, Adrian*, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, 2023, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=1).
- Elsing, Siegfried H., *Streitverkündung und Schiedsverfahren*, SchiedsVZ 2004, S. 88–94.
- Elsing, Siegfried H., *Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*, SchiedsVZ 2011, S. 114–123.
- Elsing, Siegfried H., *Streitverkündung und Einbeziehung Dritter (Joinder) in der internationalen Schiedspraxis*, in: Cascante, Christian/Spahlinger, Andreas/Wilske, Stephan (Hrsg.), *Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution – Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag*, München 2015, S. 615–630 (zit. *El-sing, FS Wegen*).
- Endemann, Wilhelm, *Der deutsche Civilprozess – Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozeßordnung des Deutschen Reichs sammt Einführungsgesetzen*, Berlin 1878 (zit. *Endemann, CPR*).
- Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung – Mit einem Geleitwort zum Neudruck von Arthur Kaufmann*, Darmstadt 1987 (Neudruck 1935) (zit. *Engisch, Einheit der Rechtsordnung*).
- Eslami, Nassim, *Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens*, Tübingen 2016.
- Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts – Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 3. Aufl., Tübingen 1974 (zit. *Esser, Grundsatz und Norm*).
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)*, 31. August 2022, [go.wwu.de/b0twp](https://go.wwu.de/b0twp).

- Ewer*, Wolfgang, Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?, NJW 2010, S. 1323–1326.
- Faenger*, Julia, Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht – Eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB, Frankfurt am Main u. a. 2012 (zit. *Faenger*, Nebenpflichten).
- Fasching*, Hans Walter, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Wien 1990 (zit. *Fasching*, ZPR Österreich).
- Fasching*, Hans Walter, Die „Selbstablehnung“ des Schiedsrichters wegen Befangenheit, in: Enzinger, Michael (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts – Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag, Wien 1993, S. 769–781 (zit. *Fasching*, FS Frotz).
- Felix*, Dagmar, Einheit der Rechtsordnung – Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.
- Felix*, Robert L./Whitten, Ralph U., American Conflicts Law, 6. Aufl., Durham 2011.
- Fenge*, Hilmar, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 8. März 1972 – VIII ZR 34/71, JR 1973, S. 19–20.
- Fenn*, Herbert, Besprechung von BGH, Urteil v. 26. März 1987 – IX ZR 69/86, JZ 1987, S. 1035–1037.
- Ferrari*, Franco/Kieninger, Eva-Maria/Mankowski, Peter/Otte, Karsten/Saenger, Ingo/Schulze, Götz/Staudinger, Ansgar (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht – Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ. Kommentar, 3. Aufl., München 2018 (zit. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Bearbeiter).
- Fervers*, Matthias, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse – Eine Neubestimmung der subjektiven Rechtskraftwirkungen und sonstiger Drittbindungen, Tübingen 2022 (zit. *Fervers*, Bindung Dritter an Prozessergebnisse).
- Feuerbach*, Paul Johann Anselm von, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege – Band 1, Gießen 1821 (zit. *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit).
- Fikentscher*, Wolfgang, Methoden des Rechts – Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976 (zit. *Fikentscher*, Bd. 3).
- Fischer*, Philipp/Lieder, Jan, Die Streitverkündungsklage in der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung und ihre Bedeutung für das deutsche Zivilprozessrecht, ZZPInt 16 (2011), S. 219–261.
- Flecke-Giammarco*, Gustav/Boog, Christopher/Elsing, Siegfried H./Heckel, Peter/Meier, Anke (Hrsg.), The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary, Alphen aan den Rijn 2020 (zit. DIS Arbitration Rules/Bearbeiter).
- Flume*, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin u. a. 1965 (zit. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. 2).
- Foerster*, Max, Die versicherungsrechtliche Bindungswirkung, ZVersWiss 103 (2014), S. 351–375.

- Frei, Nina J.*, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess – Unter besonderer Berücksichtigung der Streitverkündung mit Klage nach dem Vorentwurf einer Schweizer Zivilprozessordnung, Zürich 2004.
- Friedland, Paul D.*, Arbitration Clauses for International Contracts, New York 2004.
- Fry, Jason/Greenberg, Simon/Mazza, Francesca*, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration – A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration, Paris 2012 (zit. *Fry/Greenberg/Mazza*, ICC Secretariat's Guide).
- Fuchs, Ernst*, Zur soziologischen Auslegung der Zivilprozessordnung, JW 45 (1916), S. 1449–1451.
- Fuchs, Karl*, Die Lehre von der Litisdenuntiation, Marburg 1855 (zit. *Fuchs*, Litisdenuntiation).
- Fuhrmann, Manfred*, Verspätetes Vorbringen des Streithelfers, NJW 1982, S. 978–979.
- Gal, Jens*, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2009 (zit. *Gal*, Haftung des Schiedsrichters).
- Garnett, Richard*, Substance and Procedure in Private International Law, Oxford 2012 (zit. *Garnett*, Substance and Procedure).
- Gaul, Hans Friedhelm*, Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Richterspruchs, in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 285–328 (zit. *Gaul*, FS Sandrock).
- Geiben, Jörg*, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und US-amerikanischen Schiedsrechts, Köln u. a. 2001 (zit. *Geiben*, Privatsphäre).
- Geimer, Reinhold*, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung französischer Garantieurteile in der Bundesrepublik Deutschland, ZZP 85 (1972), S. 196–206.
- Geimer, Reinhold*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Fisch, William B./Schlosser, Peter (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz – Die Organisation der Rechtsberatung; Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht; ein Forschungsbericht zu zwei Themen aus dem Umfeld der Justiz, Bielefeld 1994, S. 113–199 (zit. *Geimer*, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz).
- Geimer, Reinhold*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, München 1995 (zit. *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen).
- Geimer, Reinhold*, Beteiligung weiterer Parteien im Schiedsgerichtsverfahren, insbesondere die Drittwiderklage, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Köln 2005, S. 71–91 (zit. *Geimer*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren).
- Geimer, Reinhold*, Dritte als weitere Parteien im Schiedsverfahren, in: Rasmussen-Bonne, Hans-Eric (Hrsg.), Balancing of Interests – Liber Amicorum Peter Hay zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, S. 163–180 (zit. *Geimer*, LA Hay).
- Geimer, Reinhold*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020 (zit. *Geimer*, IZPR).

- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.*, Internationale Urteilsanerkennung – Band I 2. Halbband – Allgemeine Grundsätze und autonomes deutsches Recht, München 1984 (zit. *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung Bd. I, 2).
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zit. *Geimer/Schütze-EuZVR/Bearbeiter*).
- Geis, Max-Emanuel*, Die pragmatische Sanktion der „verfassungskonformen Analogie“: Kritische Anmerkung zur neuesten „Lebenslänglich-Entscheidung“ des BVerfG, NJW 1992, S. 2938–2940.
- Gensler, Johann C.*, Beitrag zu der Lehre von den Interventionen in dem Civilprozeß, AcP 4 (1821), S. 153–174.
- Gerber, David J.*, The Substance-Procedure Distinction in United States Law, in: Schlosser, Peter (Hrsg.), Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung – eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung, Bielefeld 1992, S. 113–129 (zit. *Gerber*, Materielles Recht und Prozeßrecht).
- Gerhardt, Walter*, Rezension von Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung (21. Auflage), ZZP 108 (1995), S. 546–559.
- Germany Trade & Invest (GTAI), Kurzumfrage zur Verwendung von Schiedsklauseln in Internationalen Verträgen – Umfrageergebnisse, Juni 2020, <https://www.gtai.de/resource/blob/261354/c1041149802613ef4e91f45cd83a917a/umfrage-schiedsklauseln-data.pdf>.
- Gernhuber, Joachim*, Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkungen, Tübingen 1989.
- Gharibian, Armin/Pieper, Nadine*, Parteienmehrheit in Schiedsverfahren – Zulässigkeit, Vorteile der Konsolidierung und Herausforderungen bei Mehrparteienkonflikten, BB 2018, S. 387–394.
- Gielen, Nico/Wahnschaffe, Christian Johannes*, Die virtuelle Verhandlung im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2020, S. 257–265.
- Giesen, Lennart*, Die Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren, Berlin 2023.
- Gottwald, Peter*, Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Verträge zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht, in: Gerhardt, Walter/Diederichsen, Uwe u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, S. 295–309 (zit. *Gottwald*, FS Henckel).
- Gottwald, Peter*, Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozess, in: Jayme, Erik/Schwab, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag – 1. Dezember 2000, Bielefeld 2000, S. 165–176 (zit. *Gottwald*, FS Henrich).
- Gottwald, Peter*, Zur Bindung Dritter an internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag, München 2017, S. 131–137 (zit. *Gottwald*, FS Geimer II).
- Gottwald, Peter*, Interventionswirkung und Rechtskraftwirkung im Vergleich, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, München 2019, S. 357–367 (zit. *Gottwald*, FS K. Schmidt).

- Götze*, Cornelius, Vouching In und Third-Party Practice – Formen unfreiwilliger Drittbeteiligung im amerikanischen Zivilprozeß und ihre Anerkennung in Deutschland, Berlin 1993 (zit. *Götze*, Vouching In).
- Grabenwarter*, Christoph, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien 1997.
- Grabenwarter*, Christoph/*Pabel*, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch, 7. Aufl., München u. a. 2021 (zit. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK).
- Gramlich*, Christoph, Widersprüchliche Parteisachverständige: Pflicht zur Bestellung eines schiedsgerichtlichen Sachverständigen?, *SchiedsVZ* 2019, S. 233–242.
- Graßhoff*, Richard, Der Rechtsstreit zwischen drei und mehr Widersachern, *ZZP* 60 (1936), S. 242–262.
- Graveson*, Ronald Harry, *The Conflict of Laws*, 6. Aufl., London 1969 (zit. *Graveson*, Conflict of Laws).
- Grigoleit*, Hans Christoph, Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Heldrich, Andreas/Pröbbs, Jürgen u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München 2007, S. 275–306 (zit. *Grigoleit*, FS Canaris I).
- Grigoleit*, Hans Christoph, Dogmatik – Methodik – Teleologik, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin/Boston 2017, S. 241–279 (zit. *Grigoleit*, FS Canaris II).
- Grimm*, Dieter, Rezension von Claus-Wilhelm Canaris: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts (*Schriften zur Rechtstheorie* Heft 14), *AcP* 171 (1971), S. 266–269.
- Grolimund*, Pascal, in: Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal (Hrsg.), *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich u. a. 2019 (zit. *Grolimund*, Staehelin/Staehelin/*Grolimund*, ZPR Schweiz).
- Grunsky*, Wolfgang, Lex fori und Verfahrensrecht, *ZZP* 89 (1976), S. 241–259.
- Grunsky*, Wolfgang, *Taktik im Zivilprozeß*, 2. Aufl., Köln 1996.
- Guldener*, Max, Über die materiellen Wirkungen der Streitverkündung, *ZSR* 68 (1949), S. 235–252.
- Guldener*, Max, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., Zürich 1958 (zit. *Guldener*, ZPR Schweiz).
- Günther*, Andreas/*Alvarez*, Cipriano/*Gmür*, Max/*Becker*, Hermann/*Meier-Hayoz*, Arthur/*Hausheer*, Heinz (Hrsg.), *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern 2012 ff. (zit. *BernerKo-CHZPO/Bearbeiter*).
- Günther*, Klaus, Einschränkungen der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen, in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F. (Hrsg.), *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2000, S. 341–356 (zit. *Günther*, FS Sandrock).

- Haarmann*, Wilhelm, Die vorzeitige Beendigung des Schiedsrichteramtes durch Abberufung oder Rücktritt sowie die vorzeitige Beendigung des Schiedsrichtervertrages aufgrund Kündigung und deren rechtliche Folgen, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), *Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, S. 139–162 (zit. *Haarmann*, FS Geimer II).
- Haas*, Ulrich, Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, *SchiedsVZ* 2009, S. 73–84.
- Haas*, Ulrich, Vertraulichkeit im Zusammenhang mit Schiedsverfahren, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen – Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, München 2012, S. 315–331 (zit. *Haas*, FS Kaissis).
- Haas*, Ulrich/*Kahlert*, Heiner, Privacy and Confidentiality, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimient, Patricia (Hrsg.), *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015, S. 963–980 (zit. *Haas/Kahlert*, *Arbitration in Germany*).
- Haas*, Ulrich/*Kahlert*, Heiner, New York Convention, in: Weigand, Frank-Bernd/Baumann, Antje (Hrsg.), *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, 3. Aufl., Oxford 2019, S. 1572–1777 (zit. *Haas/Kahlert*, *Handbook International Commercial Arbitration*).
- Habersack*, Mathias, Vertragsfreiheit und Drittinteressen – Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin 1992.
- Habersack*, Mathias, Schiedsvereinbarung und akzessorische Haftung, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), *Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, S. 163–168 (zit. *Habersack*, FS Geimer II).
- Habscheid*, Walther J., Nationale oder supranationale Schiedssprüche? – Zur Reform des Genfer Abkommens über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26.9.1927, *ZZP* 70 (1957), S. 25–60.
- Habscheid*, Walther J., Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte – Eine dogmatische und rechtsvergleichende Studie, *NJW* 1962, S. 5–12.
- Habscheid*, Walther J., Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. Oktober 1964 – VII ZR 69/63, *ZZP* 79 (1966), S. 124–126.
- Habscheid*, Walther J., Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit, *KTS* 1966, S. 1–10.
- Habscheid*, Walther J., Die Kündigung des Schiedsvertrages aus wichtigem Grund, *KTS* 1980, S. 285–296.
- Habscheid*, Walther J., Zum Problem der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, in: Reymond, Claude/Bucher, Eugène (Hrsg.), *Recueil de travaux suisses sur l’arbitrage international – Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit = Raccolta di studi svizzeri sull’arbitrato internazionale = Swiss essays on international arbitration. Ouvrage publié sous la dir. de Claude Reymond et Eugène Bucher à l’occasion du Congrès Intérimaire du International Council for Commercial Arbitration „ICCA“*, Lausanne 1984, Zürich 1984, S. 173–190 (zit. *Habscheid*, *Arbitrage International*).

- Habscheid*, Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht – Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990 (zit. *Habscheid*, ZPR Schweiz).
- Habscheid*, Walther J., Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, JZ 1998, S. 445–450.
- Hahn*, Carl, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen – Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben – Zweiter Band Erste Abteilung, Berlin 1880 (zit. *Hahn*, Materialien II/1).
- Hahn*, Carl/*Mugdan*, Benno, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen – Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung – Achter Band, Aalen 1983 (Neudruck der Ausgabe von 1898) (zit. *Hahn/Mugdan*, Materialien VIII).
- Hähnchen*, Susanne, Obliegenheiten und Nebenpflichten – Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen 2012.
- Haldy*, Jacques, L'appel en cause, in: Bohnet, François (Hrsg.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien, Neuenburg/Genf 2010, S. 159–172 (zit. *Haldy*, Procédure civile suisse).
- Haller*, Heiko A., Protection of Business Secrets by Way of Protective Orders, SchiedsVZ 2013, S. 135–140.
- Hamann*, Hartmut/*Lennarz*, Thomas, Parallele Verfahren mit identischem Schiedsgericht als Lösung für Mehrparteienkonflikte?, SchiedsVZ 2006, S. 289–297.
- Hanebeck*, Alexander, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber? – Zu verfassungsrechtlichen Anforderungen wie „Systemgerechtigkeit“ und „Widerspruchsfreiheit“ der Rechtsetzung als Maßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle, Staat 41 (2002), S. 429–451.
- Harke*, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010 (zit. *Harke*, SchuldR AT).
- Häsemeyer*, Ludwig, Die Interventionswirkung im Zivilprozeß – prozessuale Sicherung materiellrechtlicher Alternativverhältnisse, ZZP 84 (1971), S. 179–202.
- Häsemeyer*, Ludwig, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. Dezember 1977 – VII ZR 94/76, NJW 1978, S. 1165.
- Häsemeyer*, Ludwig, Besprechung von BGH, Urteil vom 26. März 1987 – VII ZR 122/86, JR 1988, S. 69–71.
- Häsemeyer*, Ludwig, Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts – Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze, ZZP 188 (1988), S. 140–167.
- Häsemeyer*, Ludwig, Besprechung von BGH, Urteil vom 16. Juni 1993 – VIII ZR 222/92, ZZP 107 (1994), S. 231–236.
- Hassemer*, Michael, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen – Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Tübingen 2012 (zit. *Hassemer*, Heteronomie).
- Hau*, Wolfgang, Fremdsprachengebrauch durch deutsche Zivilgerichte – Vom Schutz legitimer Parteiinteressen zum Wettbewerb der Justizstandorte, in: Michaels, Ralf/Solomon,



- Dennis/Michael, Ralf (Hrsg.), *Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, Munich 2012, S. 49–62 (zit. *Hau*, LA Schurig).
- Hausmann*, Rainer, Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1991, S. 359–378 (zit. *Hausmann*, FS W. Lorenz).
- Heck*, Philipp Nicolai, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1–318.
- Heck*, Philipp Nicolai, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (zit. *Heck*, Begriffsbildung).
- Heck*, Philipp Nicolai, Das Problem der Rechtsgewinnung, in: Esser, Josef (Hrsg.), *Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich 1968, S. 9–45 (zit. *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung (in der Textsammlung Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts)).
- Hegler*, Carl August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), S. 19–44.
- Heiliger*, Janis, Streitverkündung und Nebenintervention in baurechtlichen Schiedsverfahren, Hamburg 2009.
- Heim*, Franz Felician, Die Hauptintervention, München 1907 (zit. *Heim*, Hauptintervention).
- Heinrichs*, Helmut, Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörrungsrechts, in: Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, S. 503–519 (zit. *Heinrichs*, FS Schlechtriem).
- Heinsheimer*, Karl, Das Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung – insbesondere bei der Eigentümerhypothek und bei Ansprüchen zwischen Teilhaber und Gemeinschaft, in: Wach, Adolf (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Wach*, Leipzig 1913, S. 125–173 (zit. *Heinsheimer*, FS A. Wach).
- Hellwege*, Phillip/Soniwicka, Marta, Die Einheit der Rechtsordnung: Annäherungen – Bestandsaufnahmen – Reflexionen, in: dies. (Hrsg.), *Die Einheit der Rechtsordnung*, Tübingen 2020, S. 1–11 (zit. *Hellwege/Soniwicka*, Einheit der Rechtsordnung).
- Hellwig*, Konrad, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts – Erster Band, Leipzig 1903 (zit. *Hellwig*, CPR Bd. 1).
- Hellwig*, Konrad, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts – Zweiter Band, Leipzig 1907 (zit. *Hellwig*, CPR Bd. 2).
- Henckel*, Wolfram, Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Henckel*, Wolfram, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 97–144.
- Henkel*, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie – Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., München 1977 (zit. *Henkel*, Rechtsphilosophie).
- Henß*, Olaf, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main u.a. 1988 (zit. *Henß*, Obliegenheit und Pflicht).
- Herberger*, Marie, Menschenwürde in der Zwangsvollstreckung – Zur Genese und teleologischen Strukturierung des Vollstreckungsschutzes, Tübingen 2022.

- Herrmann*, David, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des *ordre public* – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum „Justizkonflikt“ zwischen Deutschland und den USA, Frankfurt am Main 2000 (zit. *Herrmann*, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile).
- Hesse*, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999 (zit. *Hesse*, Verfassungsrecht).
- Hesselbarth*, Franziska, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz – (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts: Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit und den Anforderungen an das Schiedsverfahrensrecht gem. §§ 1025 ff. ZPO, Lichtenberg 2004.
- Hilgard*, Mark C., Der Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf, BB 2016, S. 1218–1237.
- Hobe*, Stephan, Space Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2023.
- Hoffmann*, Bernd von, Gegenwartsprobleme internationaler Zuständigkeit, IPRax 1982, S. 217–222.
- Hoffmann*, Bernd von, Schiedsgerichtsbarkeit in mehrstufigen Vertragsbeziehungen, insbesondere in Subunternehmerverträgen, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Köln 2005, S. 131–150 (zit. *Hoffmann*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren).
- Hoffmann*, Bernd von/*Hau*, Wolfgang, Probleme der abredewidrigen Streitverkündung im Europäischen Zivilrechtsverkehr, RIW 1997, S. 89–94.
- Holder*, Daniel, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht – Unter Berücksichtigung der Rechtslage in England, Australien, Schweden und Neuseeland, Frankfurt am Main u. a. 2009 (zit. *Holder*, Vertraulichkeit).
- Hölters*, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl., Köln 2022 (zit. *Hölters*-Handbuch Unternehmenskauf/*Bearbeiter*).
- Hopt*, Klaus J., Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich – Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung –, AcP 183 (1983), S. 608–720.
- Höra*, Knut/*Schubach*, Arno (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl., München 2022 (zit. *Höra*/*Schubach*/*Bearbeiter*).
- Huber-Lehmann*, Melanie, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2018 (zit. *Huber-Lehmann*, Streitverkündungsklage).
- Hubmann*, Heinrich, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), S. 85–134.
- Hülskötter*, Tim, Die (Un-)Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport, Berlin 2020 (zit. *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen im Berufssport).
- Ingerl*, Reinhard, Sprachrisiko im Verfahren – Zur Verwirklichung der Grundrechte deutschunkundiger Beteiligter im Gerichts- und Verwaltungsverfahren, München 1988.
- International Bar Association (IBA)*, Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Januar 2021, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92-A-1509790ECC9D>.

- International Chamber of Commerce (ICC)*, ICC Dispute Resolution 2020 Statistic (ICC Publication No.: DRS895 ENG), <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020>.
- International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, Leitfaden des ICCA zur Auslegung des New Yorker Übereinkommens von 1958 – Ein Handbuch für Richter, 2020, [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/ICCA-NYC-Guide-German\\_0.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-NYC-Guide-German_0.pdf).
- Ipp*, Anja, Expedited Arbitration at the SCC: One Year with the 2017 Rules, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/02/expedited-arbitration-scc-one-year-2017-rules-2/>.
- Isman*, Calin-Mihai, Das Interesse in der Mediation – Das Integrale Interessenmodell in der mediativen Theorie und Praxis, Hamburg 2016.
- Jacoby*, Florian, Der Musterprozeßvertrag – Die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen, Tübingen 2000 (zit. *Jacoby*, Musterprozeßvertrag).
- Jaeger*, Jana Dominique, Die Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Zuge der nationalen Reformen, Frankfurt am Main u. a. 2001 (zit. *Jaeger*, Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes).
- Jahnke*, Hans-Peter, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2018.
- Jakobs*, Michael/*Franz*, Alexander, Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben?, *VersR* 2014, S. 659–665.
- Jarass*, Hans D., Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, in: Steinberger, Helmut/Klein, Eckart/Thürer, Daniel (Hrsg.), Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Zürich vom 3. bis 6. Oktober 1990, Berlin/New York 1991, S. 238–274 (zit. *Jarass*, VVDStRL).
- Jarass*, Hans D., Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, *NJW* 2011, S. 1393–1398.
- Jarass*, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK – Kommentar, 4. Aufl., München 2021 (zit. *Jarass*, GRCh).
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 18. Aufl., München 2024 (zit. *Jarass/Pieroth/Bearbeiter*).
- Jauernig*, Othmar, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 18. Dezember 1961 – III ZR 181/60 (KG), *JZ* 1962, S. 415–417.
- Jauernig*, Othmar, Materielles Recht und Prozeßrecht, *JuS* 1971, S. 329–334.
- Jelinek*, Wolfgang, Bemerkungen zur Streitverkündung und zur einfachen Nebenintervention in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: Martinek, Oswin (Hrsg.), Arbeit, Recht und Gesellschaft – Festschrift Walter Schwarz zum 65. Geburtstag, Wien 1991, S. 511–525 (zit. *Jelinek*, FS Schwarz).
- Jung*, Florian, Die Sportschiedsgerichtsbarkeit im Lichte des Art. 6 EMRK, *ZEuS* 2014, S. 173–209.

- Junker*, Abbo, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., München 2022 (zit. *Junker*, IPR).
- Junker*, Abbo, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2023 (zit. *Junker*, IZPR).
- Kahlert*, Heiner, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren – Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen, Tübingen 2015 (zit. *Kahlert*, Vertraulichkeit).
- Kahlert*, Heiner, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2023, S. 2–20.
- Kahneman*, Daniel, Thinking, Fast and Slow 2011.
- Kamp*, Florian, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten – Eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB, Heidelberg 2020 (zit. *Kamp*, Nebenpflichten).
- Kantorowicz*, Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Frankfurt am Main 1969 (Publikationsjahr), S. 275–310 (zit. *Kantorowicz*, Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentages 1910).
- Karl*, Roland, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, Konstanz 2004 (zit. *Karl*, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters).
- Karton*, Joshua, A Conflict of Interests: Seeking a Way Forward on Publication of International Arbitral Awards, *Arbitr. Int.* 28 (2012), S. 447–486.
- Kaufmann*, Arthur, Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung, in: Lackner, Karl/Leferez, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, Berlin/New York 1973, S. 7–20 (zit. *Kaufmann*, FS Gallas).
- Kaufmann-Kohler*, Gabrielle/Bärtsch, Philippe, Discovery in international arbitration: How much is too much?, *SchiedsVZ* 2004, S. 13–21.
- Kegel*, Gerhard, Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im Internationalen Verjährungsrecht, Wiesbaden 1962 (zit. *Kegel*, Qualifikation und Renvoi).
- Kegel*, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004 (zit. *Kegel/Schurig*, IPR).
- Kehoe*, Edward G., Cross-Examination and Re-Cross in International Arbitration, in: Bishop, Doak/Kehoe, Edward G. (Hrsg.), The Art of Advocacy in International Arbitration, 2. Aufl., New York 2010, S. 405–429 (zit. *Kehoe*, Art of Advocacy in International Arbitration).
- Kempf*, Ludwig, Zur Problematik des Musterprozesses, *ZZP* 73 (1960), S. 342–386.
- Kern*, Carsten, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law und Common Law, *ZVglRWiss* 109 (2010), S. 78–93.
- Kersting*, Christian, Kapitalmarktrechtliche Informationseigenhaftung von Organmitgliedern – zugleich Anmerkung zu BGH, 2. Juni 2008, II ZR 210/06 in diesem Heft Seite 236 –, *JR* 2009, S. 221–225.
- Kischel*, Uwe, State contracts – Völker-, schieds- und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts, Stuttgart 1992.
- Kissel*, Otto Rudolf/Mayer, Herbert, Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 10. Aufl., München 2021 (zit. *Kissel/Mayer*, GVG).

- Kittner*, Thomas, Streithilfe und Streitverkündung – 1. Teil. Sinn und Zweck von Streithilfe und Streitverkündung, JuS 1985, S. 703–707.
- Kittner*, Thomas, Streithilfe und Streitverkündung – 2. Teil. Streithilfe und Streitverkündung im Vorprozeß, JuS 1986, S. 131–628.
- Kittner*, Thomas, Streithilfe und Streitverkündung – 3. Teil. Auswirkungen der Streithilfe und Streitverkündung auf den Folgeprozeß, JuS 1986, S. 624–628.
- Klang*, Heinrich/*Gschnitzer*, Franz (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – Vierter Band, erster Halbband, §§ 859–1044, 2. Aufl., Wien 1968 (zit. *Klang-Kommentar IV/1/Bearbeiter*).
- Kleinknecht*, Theodor, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung, in: Hamm, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag, München 1977, S. 111–119 (zit. *Kleinknecht*, FS Schmidt-Leichner).
- Kleinschmidt*, Jens, Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2006, S. 142–150.
- Klement*, Dorothee, Rechtskraft des Schiedsspruchs – Die Gewährleistung der Einmaligkeit von Entscheidungen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwischen individuellem Rechtsschutz und öffentlichen Interessen, Baden-Baden 2018.
- Klett*, Barbara/*Iyes*, Biemann, Die Streitverkündungsklage – Segen oder Fluch?, HAVE/REAS 2013, S. 310–318.
- Klicka*, Thomas, Bindungswirkung bei einfacher Nebenintervention und Streitverkündung?, RZ 1990, S. 2–10.
- Klicka*, Thomas, Wirkungen der Streitverkündung und Nebenintervention, ecolx 1995, S. 397–399.
- Klicka*, Thomas, Die Bindungswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung – Zur Einführung der §§ 68 und 74 dZPO in Österreich durch den OGH mittels des LGVÜ, öJBI 1997, S. 611–612.
- Koberg*, Ann-Kristin, Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, St. Gallen 1992 (zit. *Koberg*, Besonderheiten).
- Köbl*, Ursula, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form?, in: Hubmann, Heinrich/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 26. Januar 1973, Köln/Berlin West/Bonn 1973, S. 235–254 (zit. *Köbl*, FS Schnorr von Carolsfeld).
- Koch*, Harald, Streitverkündung und Drittklage im amerikanisch-deutschen Prozeß, ZVglR-Wiss 85 (1986), S. 11–62.
- Koch*, Robert, Schiedsgerichtsvereinbarungen und Haftpflichtversicherungsschutz, SchiedsVZ 2007, S. 281–291.
- Köckert*, Ulrike, Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht, Berlin 2010 (zit. *Köckert*, Internationale Drittbeteiligung).
- Köhler*, Helmut, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), S. 496–537.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1999 ff. (zit. *Staudinger-BGB/Bearbeiter*).

- Konecny*, Andreas (Hrsg.), Zivilprozessgesetze – Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Aufl., Wien 2017 (zit. *Fasching/Konecny-öZPO/Bearbeiter*).
- Konzen*, Horst, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien – Studien zur Wechselwirkung von Zivil- und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens, Berlin 1976.
- Kornblum*, Udo, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968.
- Kötz*, Hein, Vertragliche Aufklärungspflichten – Eine rechtsökonomische Studie, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 563–577 (zit. *Kötz*, FS Drobnig).
- Kotzorek*, Andreas, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit – Eine ökonomische Analyse, Tübingen 1987.
- Koussoulis*, Stelios, Aktuelle Probleme der Hauptintervention, ZZZ 100 (1987), S. 211–229.
- Koussoulis*, Stelios, Fragen zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, insbesondere zur Bestellung der Schiedsrichter, ZZZ 107 (1994), S. 195–210.
- Kozioł*, Helmut, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese?, in: Ahrens, Hans-Jürgen/Bar, Christian u. a. (Hrsg.), Medizin und Haftung – Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Berlin/Heidelberg 2009, S. 781–794 (zit. *Kozioł*, FS Deutsch).
- Kraft*, Alfons, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München/Berlin 1968.
- Kraft*, Bernd, Grenzüberschreitende Streitverkündung und Third Party Notice, Berlin 1997 (zit. *Kraft*, Grenzüberschreitende Streitverkündung).
- Kraft*, Holger/Looks, Volker, Besprechung von OLG Hamburg vom 17. Januar 2002 – 6 Sch 7/01, BB 2002, S. 1171.
- Krapfl*, Claudia/Ebert, Björn P., Virtuelle Schiedsverhandlungen: Bewährungsprobe bestanden?, COVuR 2022, S. 640–643.
- Krawietz*, Werner, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis – Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung, Wien/New York 1978.
- Krebs*, Peter, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, München 2000.
- Kreindler*, Richard H./Schäfer, Jan K./Wolff, Reinmar, Schiedsgerichtsbarkeit – Kompendium für die Praxis, Frankfurt am Main 2006.
- Kress*, Hugo, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Aalen 1929 (Neudruck 1974).
- Kröll*, Stefan, Die schiedsrechtliche Rechtsprechung 2005, SchiedsVZ 2006, S. 203–214.
- Kronke*, Herbert, Das „Lex-foi-Prinzip“ im internationalen Zivilprozessrecht, ZZZInt 20 (2015), S. 399–408.
- Kropholler*, Jan, Internationale Zuständigkeit, in: Herrmann, Hans J./Basedow, Jürgen/Kropholler, Jan (Hrsg.), Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts – Band 1, Tübingen 1982, S. 197–533 (zit. *Kropholler*, Hdb. IZVR, Bd. 1).

- Kropholler*, Jan, Internationales Privatrecht – Einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., Tübingen 2006 (zit. *Kropholler*, IPR).
- Krüger*, Ulrich, Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen – Nebenpflicht statt Beratungsvertrag, NJW 2013, S. 1845–1850.
- Kuhlmann*, Kai, Leistungspflichten und Schutzpflichten – Ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, Berlin 2001.
- Kühn*, Wolfgang, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen Beschlussstreitigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe und des BGH, in: Briner, Robert (Hrsg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st century – Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln u. a. 2001, S. 443–468 (zit. *Kühn*, LA Böckstiegel).
- Kühn*, Wolfgang/*Gantenberg*, Ulrike, Confidentiality in Arbitration, in: Bachmann, Birgit/Hess, Burkhard (Hrsg.), Grenzüberschreitungen – Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 461–475 (zit. *Kühn/Gantenberg*, FS Schlosser).
- Kühn*, Wolfgang/*Gantenberg*, Ulrike, Die Kostenentscheidung im Schiedsgerichtsverfahren, in: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) (Hrsg.), DIS-Materialien – Kosten im Schiedsgerichtsverfahren, 2005, S. 83–106 (zit. *Kühn/Gantenberg*, DIS-Materialien X).
- Labes*, Hubertus W., Schiedsgerichtsvereinbarungen in Rückversicherungsverträgen, Frankfurt am Main 1996 (zit. *Labes*, Schiedsgerichtsvereinbarungen).
- Lachmann*, Jens-Peter, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2007 (zit. *Lachmann*, HdB Schiedsgerichtspraxis).
- Lammenet*, Hartmut, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung – Prozessuale Institute der Drittbeteiligung und die Möglichkeit ihrer Angleichung im Zivilprozeß und den Verwaltungsstreitverfahren 1976.
- Langheid*, Theo/*Rixecker*, Roland (Hrsg.), VVG – Versicherungsvertragsgesetz – mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung. Kommentar, 7. Aufl., München 2022 (zit. *Langheid/Rixecker-VVG/Bearbeiter*).
- Larenz*, Karl, Methodische Aspekte der „Güterabwägung“, in: Hauss, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 235–248 (zit. *Larenz*, FS Klingmüller).
- Larenz*, Karl, Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (zit. *Larenz*, Richtiges Recht).
- Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991 (zit. *Larenz*, Methodenlehre).
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995 (zit. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre).



- Laschet*, Franz, Die Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Glossner, Ottoarndt (Hrsg.), Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag, Köln 1981, S. 85–128 (zit. *Laschet*, FS Bülow).
- Lässig*, Curt Lutz, Deutsch als Gerichts- und Amtssprache – Völker-, gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Behandlung Deutschunkundiger im Gerichts- und Verwaltungsverfahren, Berlin 1980.
- Laumen*, Hans-Willi, Streitverkündung, Interventionswirkung und Beweislastverteilung bei alternativer Vertragspartnerschaft, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin 1990, S. 281–290 (zit. *Laumen*, FS Baumgärtel).
- Laumen*, Hans-Willi, Beweisführung und Beweisaufnahme im Schiedsverfahren, MDR 2015, S. 1276–1280.
- Lechner*, Markus/Mayer, Peter G., Das Übereinkommen von Lugano – Einführung – Text – Materialien – Judikatur – Literatur, Wien 1996 (zit. *Lechner/Mayer*, LGVÜ).
- Lehmann*, Melanie, Streitverkündungsklage und Prozessökonomie, SZPP 2016, S. 549–558.
- Leifeld*, Janis, Die parteibezogene Konnexität als Kriterium für die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage, ZP 126 (2013), S. 509–521.
- Leipold*, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen – insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin 1966.
- Leipold*, Dieter, Zum Schutz des Fremdsprachigen im Zivilprozeß, in: Ballon, Oskar J. (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht – Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, S. 287–300 (zit. *Leipold*, FS Matscher).
- Leisinger*, Christian M., Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, Baden-Baden 2012 (zit. *Leisinger*, Vertraulichkeit).
- Lew*, Julian D.M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, Den Haag 2003.
- Liebscher*, Christoph, Der parteiernannte Schiedsrichter, in: Schumacher, Hubertus/Zimmermann, Wigbert (Hrsg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof – Festschrift für Gert Delle Karth, Wien 2013, S. 593–608 (zit. *Liebscher*, FS Delle Karth).
- Lindacher*, Walter F., Schiedsspruch und Parteidisposition, KTS 1966, S. 153–157.
- Linder*, Josef Franz, Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, in: Hellwege, Phillip/Soniwicka, Marta (Hrsg.), Die Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 2020, S. 15–26 (zit. *Linder*, Einheit der Rechtsordnung).
- Linke*, Hartmut/Hau, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl., Köln 2024 (zit. *Linke/Hau*, IZVR).
- Lionnet*, Klaus/Lionnet, Annette, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 2005.
- London Court of International Arbitration (LCIA)*, 2022 Annual Casework Report, <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-report-on-2022-updates-on-the-lcia-court-and.aspx>.
- London Court of International Arbitration (LCIA)*, Notes for Parties, <https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx>.

- Looschelders*, Dirk, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- Looschelders*, Dirk/*Roth*, Wolfgang, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996 (zit. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik).
- Lorenz*, Werner, Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, AcP 157 (1958/1959), S. 265–302.
- Loritz*, Karl-Georg, Probleme der Rechtskraft von Schiedssprüchen im deutschen Zivilprozeßrecht, ZJP 105 (1992), S. 1–19.
- Lotz*, Burkhard, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernennten Schiedsrichters, AnwBl 2002, S. 202–208.
- Lotz*, Burkhard, Der Sachverständige im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2011, S. 203–209.
- Loyal*, Florian, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, ZJP 131 (2018), S. 373–397.
- Lühmann*, Tobias B., Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Parteiwillens für die Bestimmung der Schiedsspruchwirkungen, Tübingen 2014 (zit. *Lühmann*, Rechtskraft des Schiedsspruchs).
- Luig*, Klaus, Überwiegendes Mitverschulden, Ius Commune II (1969), S. 187–238.
- Lüke*, Wolfgang, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozeß – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grundfragen der subjektiven Verfahrenskonzentration, Tübingen 1993 (zit. *Lüke*, Beteiligung Dritter).
- Lukowski*, Jan, Arbitration clauses in sport governing bodies’ statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, ISLJ 13 (2013), S. 60–70.
- Lüsing*, Jan, Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung – Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag, Baden-Baden 2010 (zit. *Lüsing*, Nebenpflichten).
- Luther*, Martin, Das Drei-Mann-Schiedsgericht bei der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen drei oder mehr Vertragspartnern – Empfiehlt es sich, bei der Ausgestaltung solcher Schiedsvereinbarungen von den noch herrschenden Regeln abzuweichen?, in: Ficker, Hans Claudius/König, Detlef u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 571–582 (zit. *Luther*, FS von Caemmerer).
- Maier*, Hans Jakob, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit – Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Herne 1979.
- Mankowski*, Peter, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, S. 304–313.
- Mann*, Frederick Alexander, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130 (1968), S. 97–129.
- Mann*, Marius/*Waschkowski*, Boris, Zum zeitlichen Beginn der Vertraulichkeitspflicht in Schiedsverfahren am Beispiel von Artikel 44.1 DIS-Schiedsgerichtsordnung, SchiedsVZ 2024, S. 159–162.

- Mansel*, Heinz-Peter, Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – Zur funktionellen Rechtsvergleichung bei Sachrechtsauslegung, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, S. 689–715 (zit. *Mansel*, FS W. Lorenz).
- Mansel*, Heinz-Peter, Streitverkündung (vouching in) und Drittklage (third party complaint) im US-Zivilprozeß und die Urteilsanerkennung in Deutschland, in: Heldrich, Andreas/Toshiyuki, Kono (Hrsg.), Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts – Japanisch-Deutsch-Schweizerisches Symposium über aktuelle Fragen des Internationalen Zivilverfahrensrechts im Verhältnis zu den USA, Tübingen 1994, S. 63–84 (zit. *Mansel*, Symposium IZVR).
- Mansel*, Heinz-Peter, Streitverkündung und Interventionsklage im Europäischen internationalen Zivilprozeßrecht (EuGVÜ/Lugano-Übereinkommen), in: Hommelhoff, Peter/Jayme, Erik/Amores Conradi, Miguel A. (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, internationales Privatrecht und Rechtsangleichung – Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1995, S. 161–262 (zit. *Mansel*, Symposium Europäischer Binnenmarkt).
- Mansel*, Heinz-Peter, Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluß der Streitverkündung durch Prozeßvertrag, ZJP 109 (1996), S. 61–77.
- Mantilla-Serrano*, Fernando, La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, RevArb 1992, S. 41–60.
- Marhitola*, Reto, Document Production in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2015.
- Markfort*, Rainer, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht, Köln 1994 (zit. *Markfort*, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit).
- Markus*, Alexander R., Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. *Markus*, IZPR Schweiz).
- Markus*, Alexander R./Wuffli, Daniel, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151 (2015), S. 75–120.
- Marsman*, Albert, International Arbitration in the Netherlands – With a Commentary on the NAI and PCA Arbitration Rules, Alphen aan den Rijn 2021.
- Martens*, Frank, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, Frankfurt am Main 2005.
- Martens*, Klaus-Peter, Grenzprobleme der Interventionswirkung, ZJP 85 (1972), S. 77–95.
- Martens*, Klaus-Peter, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), S. 113–188.
- Martini*, Stefan/Neumann, Simon/Spörer, Markus, Aufstand in Abistan – Ein Moot-Court-Fall, JURA 2012, S. 404–414.
- Martiny*, Dieter, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts – Bd. 3,1. Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht, Tübingen 1984 (zit. *Martiny*, HdB IZVR).
- Marx*, Erwin, Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz, Berlin 1969 (zit. *Marx*, Der gesetzliche Richter).

- Massuras*, Konstadinos, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main u. a. 1998 (zit. *Massuras*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit).
- Maucher*, Barbara/*Meier*, Anke, The ICCA Reports – Germany – Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?, [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public-document/media\\_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf).
- Maurer*, Hartmut, Der Justizgewährungsanspruch, in: Detterbeck, Steffen/Rozek, Jochen/Coelln, Christian (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit – Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2010, S. 535–549 (zit. *Maurer*, FS H. Bethge).
- Maxen*, D., Die sog. accessorische Intervention im Civilproceß, ZCP 21 (1864), S. 365–476.
- Mayer*, Hans-Jochem/*Kroiß*, Ludwig/*Dinkat*, Uwe (Hrsg.), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – Mit Streitwertkommentar und Tabellen: Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. HK-RVG/*Bearbeiter*).
- McGuire*, Mary-Rose, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Verfahren: Nicht-Öffentlichkeit, Vertraulichkeit und Geheimhaltung vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten im Vergleich, ZZPInt 24 (2019), S. 385–402.
- Meckes*, Frank/*Wach*, Karl J.T./*Riethmüller*, Arno/*Thomas*, Quirin, „The Munich PO1“: Muster einer Verfahrensleitenden Verfügung Nr. 1 in DIS-Schiedsverfahren mit Schiedsort Deutschland, SchiedsVZ 2024, S. 29–50.
- Medicus*, Dieter, Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: Heldrich, Andreas/Prölls, Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 835–855 (zit. *Medicus*, FS Canaris I).
- Meier*, Andrea, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Zürich 2007.
- Meier*, Isaak, Iura novit curia – Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1975.
- Meier*, Isaak, Privatrecht und Prozeßrecht – eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser, Peter (Hrsg.), Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung – eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung, Bielefeld 1992, S. 1–111 (zit. *Meier*, Materielles Recht und Prozeßrecht).
- Mekat*, Martin C., Cross Examination: Das Kreuzverhör in der deutschen Schiedsverfahrenspraxis, SchiedsVZ 2017, S. 119–127.
- Melis*, Werner, Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteischiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen, in: Nicklisch, Fritz/Alvarado Velloso, Adolfo (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit = The complex long-term contract, Heidelberg 1987, S. 569–585 (zit. *Melis*, Der komplexe Langzeitvertrag).
- Mellado Asencio*, José Mariá (Hrsg.), Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia, Madrid 2013 (zit. Mellado Asencio-espZPO/*Bearbeiter*).
- Meller-Hannich*, Caroline, Der Rückgang der Klagen in der Ziviljustiz – Perspektive der Richter- und Anwaltschaft, MDR 2023, S. 737–742.
- Mendelssohn-Bartholdy*, Albrecht, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900.

- Meyer, Ernst*, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz, Tübingen 1984 (zit. *E. Meyer*, Wertungsjurisprudenz).
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 6. Aufl., Baden-Baden u. a. 2024 (zit. *Meyer/Hölscheidt/Bearbeiter*).
- Michael, Lothar*, Methodenfragen der Abwägungslehre – Eine Problemskizze im Lichte von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik, JöR 48 (2000), S. 169–203.
- Milleker, Erich*, Inlandswirkungen der Streitverkündung im ausländischen Verfahren, ZZP 80 (1967), S. 288–310.
- Milleker, Erich*, Formen der Intervention im französischen Zivilprozeß und ihre Anerkennung in Deutschland, ZZP 84 (1971), S. 91–102.
- Minnerop, Manfred*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln u. a. 1973.
- Mohrbutter, Jürgen*, Fragen der Nebenintervention bei erweiterter Schiedsgerichtsklausel, KTS 18 (1957), S. 33–35.
- Morgenroth, Carsten*, Interesse als Einflussfaktor auf die Gesetzesbildung, Gesetzesanwendung und Vertragsgestaltung im Rahmen der Sportvermarktung – Insbesondere im Sponsoring und bei Sportveranstaltungen, Frankfurt am Main 2010 (zit. *Morgenroth*, Interesse als Einflussfaktor im Rahmen der Sportvermarktung).
- Motzer, Stefan*, Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ 1983, S. 884–889.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – Zweiter Band (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1899 (zit. *Mugdan*, BGB Bd. 2).
- Müller, Christoph*, La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l’œil?, ASA Bulletin 23 (2005), S. 216–240.
- Müller, Klaus*, Zum Begriff der „Anerkennung“ von Urteilen in § 328 ZPO, ZZP 79 (1966), S. 199–245.
- Müller, Werner/Keilmann, Annette*, Beteiligung am Schiedsverfahren wider Willen?, SchiedsVZ 2007, S. 113–121.
- Müller-Chen, Markus/Widmer Lüchinger, Corinne* (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. *ZürcherKo-IPRG/Bearbeiter*).
- Müller-Erbach, Rudolf*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? – Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, Tübingen 1932.
- Münch, Joachim*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, ZZPInt 20 (2015), S. 431–455.
- Münch, Joachim*, Schiedsverfahren vs. staatliche Gerichtsbarkeit – Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Rechtsordnung im transatlantischen Wettbewerb – Bitburger Gespräche in München, Band 6, Tübingen 2016, S. 53–109 (zit. *Münch*, Bitburger Gespräche).
- Münch, Joachim*, Die Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren, in: Wilhelmi, Rüdiger/Stürner, Michael (Hrsg.), Mehrparteienschiedsverfahren – Unter besonderer Berücksichtigung ge-

- sellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, Wiesbaden 2021, S. 1–44 (zit. *Münch*, Mehrparteien-schiedsverfahren).
- Münch*, Joachim, Westland, Dutco, Namenlos. Von Wirrungen und Irrungen, in: Peifer, Karl-Nikolaus/Kubis, Sebastian u. a. (Hrsg.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit – Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2022, S. 475–487 (zit. *Münch*, FS Schack).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 5. Aufl., München 2010 ff. (zit. *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 9. Aufl., München 2022 (zit. *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, hrsg. von Langheid, Theo/Wandt, Manfred, 3. Aufl., München 2022 (zit. *MüKo-VVG/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 6. Aufl., München 2020 ff. (zit. *MüKo-ZPO/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 7. Aufl., München 2025 (zit. *MüKo-ZPO/Bearbeiter*).
- Münzberg*, Reinhard, Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1970 (zit. *Münzberg*, Schranken der Parteivereinbarungen in der Schiedsgerichtsbarkeit).
- Musielak*, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin/New York 1975 (zit. *Musielak*, Grundlagen der Beweislast).
- Musielak*, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 22. Aufl., München 2025 (zit. *Musielak/Voit/Bearbeiter*).
- Müßig*, Ulrike, Recht und Justizhoheit – Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich, 2. Aufl., Berlin 2010.
- Muthorst*, Olaf, Der Anspruch auf Befreiung von der Eventualverbindlichkeit, AcP 209 (2009), S. 212–241.
- Nacimiento*, Patricia/Abt, Amelie/Stein, Max, § 1034 – Composition of Arbitral Tribunal, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimiento, Patricia (Hrsg.), *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015 (zit. *Nacimiento/Abt/Stein*, Arbitration in Germany).
- Nacimiento*, Patricia/Abt, Amelie/Stein, Max, § 1035 – Appointment of Arbitrators, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimiento, Patricia (Hrsg.), *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015 (zit. *Nacimiento/Abt/Stein*, Arbitration in Germany).
- Nariman*, Fali S., International Commercial Arbitration – At the Cross-Roads, in: Briner, Robert (Hrsg.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st century – Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Ami-*

- corum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln u. a. 2001, S. 555–566 (zit. *Nariman*, LA Böckstiegel).
- Nedden*, Jan Heiner/*Herzberg*, Axel Benjamin/*Kopetzki*, Ulrich (Hrsg.), ICC-SchO/DIS-SchO – Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen, 2. Aufl., Köln 2022 (zit. *Nedden/Herzberg/Kopetzki/Bearbeiter*).
- Netherlands Arbitration Institute (NAI), NAI Statistics 2022, [https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI\\_Statistics\\_2022.pdf](https://nai.nl/wp-content/uploads/2023/09/NAI_Statistics_2022.pdf).
- Neuner*, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, München 1992 (zit. *J. Neuner*, Rechtsfindung contra legem).
- Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023 (zit. *J. Neuner*, BGB AT).
- Neuner*, Robert, Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim u. a. 1925.
- Neuner*, Robert Richard, Zum Problem der ausländischen Schiedssprüche, *RabelsZ* 3 (1929), S. 39–62.
- Newdigate*, Saville of, International Financial Services Conference: Has London Met the Challenge?, *Arbitr. Int.* 2007, S. 431–432.
- Nicklisch*, Fritz, Der technische Sachverständige im Prozeß – Landesberichte und Generalbericht VII. Internationaler Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983, Heidelberg 1984.
- Nicklisch*, Fritz, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Großprojekten, in: *Plantey*, Alain (Hrsg.), Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, S. 221–239 (zit. *Nicklisch*, FS Glossner).
- Niederländer*, Hubert, Nemo turpitudinem suam allegans auditur – Ein rechtsvergleichender Versuch, in: Juristische Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) (Hrsg.), *Ius et lex – Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel 1959, S. 621–638 (zit. *Niederländer*, FS Gutzwiller).
- Niklas*, Boris, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen – Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2008.
- Oberhammer*, Paul, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten, Wien 1992 (zit. *Oberhammer*, Auftragsverfahren).
- Oberhammer*, Paul, Anmerkung zu OGH 11. Januar 1995, 9 Ob 501/95 (LG Klagenfurt 7. Juli 1994, 2 H 282/94; BG Villach 28. März 1994, 9 C 2264/92), *öJBI* 1995, S. 459–461.
- Oberhammer*, Paul, Objektive Grenzen der Bindungswirkung – § 411 ZPO, *JAP* 1996/1997, S. 26–31.
- Oberhammer*, Paul, Verstärkter Senat: Bindungswirkung bei einfacher Nebenintervention und Streitverkündung, *ecolex* 1997, S. 422–424.
- Oberhammer*, Paul, Zur Vertraulichkeit von Schiedsverfahren, in: *Nakamura*, Hideo (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik – Zum 70. Geburtstag am 25. November 2003 = *Timētikos tomos tu Kosta E. Mpeō ōs ainos tēs attikēs dialektikēs*, Athen 2003, S. 1139–1166 (zit. *Oberhammer*, FS Beys).



- O'Connor*, John G., Maritime Arbitration Without Consent Vouching, Consolidation and Self-Execution: Will the New York Practice Migrate to Canada, *J. Int. Arbitr.* 10 (1993), S. 161–180.
- Oechsler*, Jürgen, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag – Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 2020 (zit. *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit).
- Oertmann*, Paul, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931 (zit. *Oertmann*, Interesse und Begriff).
- Oldenstam*, Robin/*Pachelbel*, Johann von, Confidentiality and Arbitration – a few reflections and practical notes, *SchiedsVZ* 2006, S. 31–36.
- Osterloh*, Robert, Lehrbuch des gemeinen, deutschen ordentlichen Civilprocesses, Leipzig 1856 (zit. *Osterloh*, Gemeines Recht).
- Papenfuß*, Judith, Die Gerichtssprache – eine übergeordnete Regel?, *GVRZ* 2023, S. 5.
- Papier*, Hans-Jürgen, § 176 Justizgewähranspruch, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit*, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit. *Papier*, HStR).
- Pawlowski*, Hans-Martin, Probleme des rechtlichen Gehörs bei der Veräußerung einer Streitsache: Zur Auslegung der §§ 265, 325 ZPO, *JZ* 1975, S. 681–685.
- Peine*, Franz-Joseph, *Das Recht als System*, Berlin 1983.
- Penski*, Ulrich, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln – Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts, *JZ* 1983, S. 105–156.
- Peter*, Adolf, Cross-examination and document production nach US-amerikanischem Vorbild in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in Österreich: Kollision mit österreichischem Schiedsverfahrens- bzw. Prozessrecht?, *SchiedsVZ* 2016, S. 199–207.
- Peters*, Frank, Die Streitverkündung und das Gebot der Waffengleichheit der Beteiligten, *ZZP* 123 (2010), S. 321–346.
- Peters*, Wolfgang, Die Bindungswirkung von Haftpflichtfeststellungen im Deckungsverhältnis – Insbesondere die Bindung des Haftpflichtversicherers an die Verurteilung des Versicherungsnehmers im Haftpflichtprozess, Karlsruhe 1985 (zit. *Peters*, Bindungswirkung von Haftpflichtfeststellungen).
- Philipp*, Markus, Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung – Insbesondere ein Beitrag zur Behandlung verfahrensrechtlich fehlerhafter Rechtsverfolgungsmaßnahmen des § 204 Abs. 1 BGB, Tübingen 2018 (zit. *Philipp*, Verjährungshemmung).
- Picker*, Eduard, Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung – zugleich ein Beitrag zum Thema Prozeßrecht und materielles Recht –, in: Jakobs, Horst H./Flume, Werner/Ballerstedt, Kurt (Hrsg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, 12. September 1978 – Band I, Köln 1978, S. 649–740 (zit. *Picker*, FS Flume Bd. I).
- Picker*, Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, *AcP* 183 (1983), S. 369–520.

- Picker*, Eduard, Gutachterhaftung – Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1999, S. 397–447 (zit. *Picker*, FS Medicus).
- Piehler*, Klaus, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht – Eine rechtsvergleichende Studie zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbsrecht, Arbeitskampfrecht und Patentrecht in der Bundesrepublik und den USA, Frankfurt am Main 1980.
- Piekenbrock*, Andreas, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung – Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf, Tübingen 2020.
- Pieroth*, Bodo, Gerichtsöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz – Zur Fragwürdigkeit des § 169 S. 2 GVG, in: Erichsen, Hans-Uwe/Kollhosser, Helmut/Welp, Jürgen (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, S. 249–277 (zit. *Pieroth*, Recht der Persönlichkeit).
- Pietrowski*, Robert, Evidence in International Arbitration, *Arbitr. Int.* 2006, S. 373–410.
- Pika*, Maximilian, Schiedsspruch ultra partes? – Die subjektive Rechtskrafterstreckung anhand von Parteiautonomie und rechtlichem Gehör, *ZZP* 131 (2018), S. 225–259.
- Pipoh*, Kay Eric, Die Struktur der Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen im Spannungsfeld zwischen Schiedsverfahrensrecht, Kartellrecht und allgemeinem Zivilrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zur Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen, Berlin 2021 (zit. *Pipoh*, Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen).
- Pollak*, Rudolf, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, 2. Aufl., Wien 1932 (zit. *Pollak*, ZPR Österreich).
- Pörnbacher*, Karl/*Knief*, Inken, § 9 Der Geheimnisschutz im internationalen Schiedsverfahren, in: Eberl, Walter (Hrsg.), Beweis im Schiedsverfahren, Baden-Baden 2015, S. 207–230 (zit. *Pörnbacher/Knief*, Beweis im Schiedsverfahren).
- Pörnbacher*, Karl/*Lederer*, Nadine, Die Reform der DIS-Schiedsgerichtsordnung, *BB* 2018, S. 707–712.
- Prose*, Caroline Elisabeth, Expert witness conferencing in Schiedsverfahren, Tübingen 2019.
- Prütting*, Hanns, Das Fernsehen im Gerichtssaal – Ausweitung der Öffentlichkeit im Zivilprozeß?, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 685–693 (zit. *H. Prütting*, FS Schütze I).
- Prütting*, Hanns, Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation, in: Briner, Robert (Hrsg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st century – Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln u. a. 2001, S. 629–639 (zit. *H. Prütting*, LA Böckstiegel).
- Prütting*, Hanns, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, in: Bachmann, Birgit/Hess, Burkhard (Hrsg.), Grenzüberschreitungen – Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 705–712 (zit. *H. Prütting*, FS Schlosser).

- Puchelt*, Ernst Sigismund, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich – unter Benützung der Materialien und mit Berücksichtigung der seitherigen Judikatur des Reichsoberhandelsgerichtes und der anderen obersten deutschen Gerichtshöfe, Erster Band, Leipzig 1877 (zit. *Puchelt*, CPO Bd. 1).
- Puchelt*, Ernst Sigismund, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich – unter Benützung der Materialien und mit Berücksichtigung der seitherigen Judikatur des Reichsoberhandelsgerichtes und der anderen obersten deutschen Gerichtshöfe, Zweiter Band, Leipzig 1878 (zit. *Puchelt*, CPO Bd. 2).
- Putzo*, Hans, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Oktober 1963 – II ZR 77/61, NJW 1950, S. 500.
- Queen Mary University/White & Case LLP*, 2012 International Arbitration Survey – Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2012, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf).
- Queen Mary University/White & Case LLP*, 2018 International Arbitration Survey – The Evolution of International Arbitration, 2018, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF).
- Rabe*, Hans-Jürgen, Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, in: Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, München 1994, S. 399–410 (zit. *Rabe*, FS Rowedder).
- Raeschke-Kessler*, Hilmar, Schiedsgerichtsbarkeit und Commercial Courts, SchiedsVZ 2023, S. 158–164.
- Raeschke-Kessler*, Hilmar/*Berger*, Klaus Peter, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Köln 1999 (zit. *Raeschke-Kessler/Berger*, Schiedsverfahren).
- Rasch*, Karl, Die prozessuale Stellung des Nebenintervenienten, Lyck Ostpr. 1923.
- Rechberger*, Walter H./*Simotta*, Daphne A., Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 9. Aufl., Wien 2017 (zit. *Rechberger/Simotta*, ZPR Österreich).
- Redfern*, Alan, The Standards and Burden of Proof in International Arbitration – The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence – An English Perspective, *Arbitr. Int.* 1994, S. 317–322.
- Reichold*, Klaus/*Hüßtege*, Rainer/*Seiler*, Christian/*Thomas*, Heinz (Hrsg.), Zivilprozessordnung – FamFG Verfahren in Familiensachen – EGZPO, GVG, EGGVG – EU-Zivilverfahrensrecht. Kommentar, 44. Aufl., München 2023 (zit. *Thomas/Putzo/Bearbeiter*).
- Reinecke*, Gerhard, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976 (zit. *Reinecke*, Beweislastverteilung).
- Reiner*, Andreas, Handbuch der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit – Die Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer unter Berücksichtigung der am 1. 1. 1988 in Kraft getretenen Änderungen, Wien 1989.
- Reiner*, Andreas, The Standards and Burden of Proof in International Arbitration – Burden and General Standards of Proof, *Arbitr. Int.* 1994, S. 328–340.

- Reischauer*, Rudolf, Streitverkündung und Bindungswirkung – (§ 21 iVm §§ 17 bis 19 ZPO; Art. 6 MRK; § 931 ABGB, § 4 Abs. 4 DNHG, § 10 AHG), ÖJZ 1979, S. 57–65.
- Reiser*, Lisa/*Hüttmann*, Kathrin, A Daring Idea – Introducing a Technical Secretary to International Arbitration, *SchiedsVZ* 2020, S. 213–218.
- Reithmann*, Christoph/*Martiny*, Dieter (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 9. Aufl., Köln 2022 (zit. *Reithmann/Martiny/Bearbeiter*).
- Renaud*, Achilles, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civil-Proceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen – Der ordentliche Proceß, Leipzig/Heidelberg 1867 (zit. *Renaud*, Gemeiner deutscher Civilproceß).
- Retzbach*, Philip-René, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, Berlin 2020.
- Riehm*, Thomas, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung – Argumentation, Beweis, Wertung, München 2006 (zit. *Riehm*, Abwägungsentscheidungen).
- Riehm*, Thomas, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 13. März 2007 – VI ZR 129/06. Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage, *JZ* 2007, S. 1001–1004.
- Riehm*, Thomas, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – Zur Dogmatik der §§ 280 ff., in: Heldrich, Andreas/Pröls, Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 1079–1103 (zit. *Riehm*, FS Canaris I).
- Riehm*, Thomas, Rechtsgrund – Pflicht – Anspruch – Zur Dogmatik des Schuldverhältnisses, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 345–370 (zit. *Riehm*, FS Canaris II).
- Riehm*, Thomas, Die Rekonstruktion der Interventionswirkung nach materiellem Recht – Insbesondere nach einem vorangegangenen Schiedsverfahren, *ZZP* 134 (2021), S. 3–40.
- Riehm*, Thomas, Commercial Courts Ein Upgrade für den Justizstandort Deutschland, *ZIP* 2023, S. 1561–1571.
- Riehm*, Thomas, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stärkungsgesetz) vom 6. Oktober 2023, 11. Dezember 2023, <https://www.bundestag.de/resource/blob/982688/9ab2d32ecc68e3d81407-b47ec04a3353/Stellungnahme-Riehm.pdf>.
- Riehm*, Thomas/*Bucher*, Stefanie, Die Drittwiderklage, *ZZP* 123 (2010), S. 347–361.
- Riehm*, Thomas/*Thomas*, Quirin, Deutschlands „Commercial Courts“ auf dem Prüfstand – Ein Denkanstoß zur aktuellen Reform, *NJW* 2022, S. 1725–1731.
- Rieks*, Julia, Anerkennung im Internationalen Privatrecht, Baden-Baden 2012.
- Riesenhuber*, Karl, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003 (zit. *Riesenhuber*, System und Prinzipien).
- Riezler*, Erwin, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin 1949 (zit. *Riezler*, IZPR).

- Risse, Jörg/Oehm, Max*, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit in Schiedsverfahren – Rechtsvergleichende und verfassungsrechtliche Überlegungen, ZVglRWiss 114 (2015), S. 407–430.
- Risse, Jörg/Reichert, Maximilian*, Offenlegung eines vertraulichen Vergleichsangebots – Kavaliersdelikt oder strafbarer Geheimnisverrat?, NJW 2008, S. 3680–3684.
- Röhl, Klaus F.*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974.
- Rosenau, René*, Die öffentliche Hand als Partei in verwaltungs- und zivilrechtlichen Schiedsverfahren 2018.
- Rosenberg, Leo*, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, ZZZ 49 (1925), S. 38–78.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- Roth, Andreas*, Zur Problematik des Vertrags zu Lasten Dritter, in: Häuser, Franz/Hammen, Horst u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 253–270 (zit. *Roth*, FS Hadding).
- Roth, Günther H.*, Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation, ZZZ 93 (1980), S. 156–176.
- Roth, Herbert*, Herausbildung von Prinzipien im europäischen Vollstreckungsrecht – Zu OLG Saarbrücken, 03-08-1987 – 5 W 102/87 – unten S. 37, Nr. 2, IPRax 1989, S. 14–18.
- Roth, Herbert*, Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation, ZZZ 124 (2011), S. 3–27.
- Roth, Thomas*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, Berlin 2000.
- Ruckteschler, Dorothee/Stoß, Tanja*, Die vorzeitige Beendigung der Schiedsrichtertätigkeit, in: Benicke, Christoph/Huber, Stefan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld 2020, S. 1517–1527 (zit. *Ruckteschler/Stoß*, FS Kronke).
- Rümelin, Max*, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg im Breisgau/Leipzig 1896 (zit. *Rümelin*, Schadenszurechnung).
- Rümelin, Max*, Die Rechtssicherheit – Rede gehalten bei der akademischen Preisverleihung am 6. November 1924, Tübingen 1924.
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard* (Hrsg.), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Wien 2014 ff. (zit. *Rummel/Lukas-ABGB/Bearbeiter*).
- Rußmann, Helmut*, Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, AcP 172 (1972), S. 520–554.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie – Mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022.
- Sachs, Klaus*, Use of documents and document discovery: „Fishing expeditions“ versus transparency and burden of proof, SchiedsVZ 2003, S. 193–198.
- Sachs, Klaus/Niedermaier, Tilman*, § 6 Die Rechtsfigur der „adverse inferences“ in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Eberl, Walter (Hrsg.), Beweis im Schiedsverfahren

- ren, Baden-Baden 2015, S. 129–148 (zit. *Sachs/Niedermaier*, Beweis im Schiedsverfahren).
- Sachs*, Michael (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 10. Aufl., München 2024 (zit. *Sachs/Bearbeiter*).
- Salger*, Hanns-Christian/*Trittmann*, Rolf (Hrsg.), Internationale Schiedsverfahren – Praxishandbuch, München 2019 (zit. *Salger/Trittmann/Bearbeiter*).
- Samaras*, Elena/*Strasser*, Christof, Managing Party-Appointed Experts in International Arbitration – Analysis of the Current Framework and Best Practice Proposals –, *SchiedsVZ* 2013, S. 314–321.
- Sawang*, Judith, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010 (zit. *Sawang*, Geheimhaltung und Gehör).
- Schack*, Haimo, Europäische Rechtskraft?, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts – Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 611–618 (zit. *Schack*, FS Geimer I).
- Schack*, Haimo, „Anerkennung“ ausländischer Entscheidungen, in: Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedhelm/Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung – Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 445–456 (zit. *Schack*, FS Schilken).
- Schack*, Haimo, Waffengleichheit im Zivilprozess, *ZZP* 129 (2016), S. 393–416.
- Schack*, Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2020.
- Schack*, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht – Mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 9. Aufl., München 2025 (zit. *Schack*, IZVR).
- Schäfer*, Peter W., Nebenintervention und Streitverkündung – Von den römischen Quellen bis zum modernen Zivilprozeßrecht, Köln/Berlin 1990.
- Schäfer*, Ulrike A./*Schäfer*, Frank A., Schiedsklauseln in Vorstandsdienstverträgen – Segen oder Fluch?, in: Greineder, Daniel/Pörnbacher, Karl/Vogenauer, Stefan (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtssprache – Festschrift für Volker Triebel zum 80. Geburtstag, München 2021, S. 265–287 (zit. *Schäfer/Schäfer*, FS Triebel).
- Schaper*, Jürgen, Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens – Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und Grundbegriffe von Prozeß und Prozeßrecht, Berlin 1985.
- Schellhammer*, Kurt, Zivilprozess – Gesetz – Praxis – Fälle, 16. Aufl., Heidelberg 2020.
- Schenk*, Dedo von, Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft – insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, Berlin 1977 (zit. *Schenk*, Sphäre).
- Schenk*, Michel, Schiedsfreiheit und staatliche Schutzpflichten – Schiedsgerichtsbarkeit als Ausübung grundrechtlicher Privatautonomie – Unter Berücksichtigung einer Schiedsgerichtsbarkeit mit staatlicher Beteiligung, Wiesbaden 2020.
- Scherer*, Matthias, Acceleration of Arbitration Proceedings – The Swiss Way: The Expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration, *SchiedsVZ* 2005, S. 229–237.

- Scherf*, Dieter, Vollstreckungsverträge, Köln 1971.
- Schima*, Johann, Das Wesen des Unterschieds von materiellem Recht und Verfahrensrecht und seine Bedeutung, Wien 1958 (zit. *Schima*, Materielles Recht und Verfahrensrecht).
- Schlabrendorff*, Fabian von, Parallele Verfahren, Aufnahme von Dritten, Verbindung von Verfahren: Erfahrungen aus der Praxis der ICC, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Köln 2005, S. 55–69 (zit. *Schlabrendorff*, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren).
- Schlabrendorff*, Fabian von, Joinder and Consolidation in International Arbitration: A Comparison of Institutional Approaches, in: Dieners, Peter/Dietzel, Andreas/Gasteyer, Thomas (Hrsg.), Liber Amicorum Dolf Weber, Baden-Baden, Germany 2016, S. 429–463 (zit. *Schlabrendorff*, LA Weber).
- Schlabrendorff*, Fabian von/*Sessler*, Anke, § 1057 – Decision on Costs, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimiento, Patricia (Hrsg.), Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015 (zit. *Schlabrendorff/Sessler*, Arbitration in Germany).
- Schlosser*, Peter, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (zit. *Schlosser*, Gestaltungsfragen).
- Schlosser*, Peter, Urteilstwirkungen und rechtliches Gehör: Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 1.2.1967 – 1 BvR 630/64, JZ 1967, S. 431–437.
- Schlosser*, Peter, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen 1989 (zit. *Schlosser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit).
- Schlosser*, Peter, Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland?, RIW 1994, S. 723–728.
- Schlosser*, Peter, Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gottwald, Peter/Kohler, Christian (Hrsg.), Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht, Bielefeld 2000, S. 163–209 (zit. *Schlosser*, Revision des EuGVÜ).
- Schlosser*, Peter, Schiedsrichterliches Verfahrensermessen und Beiladung von Nebenparteien, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts – Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 947–964 (zit. *Schlosser*, FS Geimer I).
- Schlosser*, Peter, § 2 Der Beweis durch Urkunden, in: Eberl, Walter (Hrsg.), Beweis im Schiedsverfahren, Baden-Baden 2015, S. 49–71 (zit. *Schlosser*, Beweis im Schiedsverfahren).
- Schmidt*, Eike, Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, S. 1007–1013.
- Schmidt*, Hans, Bindung des Zivilrichters an Vorentscheidungen anderer Gerichte und Behörden, Berlin 1927 (zit. *Schmidt*, Bindung an Vorentscheidungen).
- Schmidt*, Hubert, Verjährung und Prozess – Zur Verjährungshemmung durch Streitverkündung, in: Buschbell-Steeger, Marga (Hrsg.), Festschrift für Karl Eichele, Baden-Baden 2013, S. 341–354 (zit. *Schmidt*, FS Eichele).
- Schmidt*, Karsten, Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?, in: ders. (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? – Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1994, S. 9–29 (zit. *K. Schmidt*, Ringvorlesung Einheit der Rechtsordnung).



- Schmidt*, Reimer, Die Obliegenheiten – Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953 (zit. *Schmidt*, Obliegenheiten).
- Schneider*, Birgit, Bindungswirkung bei Streitverkündung und Beitritt „auf der anderen Seite“, JAP 2013/2014, S. 166–169.
- Schneider*, Egon, Über die Interventionswirkung im Folgeprozeß, MDR 1961, S. 3–8.
- Schneider*, Egon, Problemfälle aus der Prozeßpraxis – Der forsche Streithelfer, MDR 1990, S. 505–507.
- Schneider*, Egon, Prozeßtaktischer Einsatz der Widerklage, MDR 1998, S. 21–24.
- Schneider*, Egon/*Kurpat*, Ralf (Hrsg.), Streitwert-Kommentar – Zivilprozess und FamFG-Verfahren, 15. Aufl., Köln 2021 (zit. *Schneider/Kurpat*-Streitwert-Kommentar/*Bearbeiter*).
- Schober*, Axel, Drittbeteiligung im Zivilprozess – Votum für die Einführung der Garantieklage in das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren aufgrund einer Untersuchung des deutschen, französischen und europäischen Rechts einschließlich seiner historischen Wurzeln und zukünftigen Entwicklungsmöglichkeiten, Bayreuth 1990.
- Schoppmeyer*, Heinrich, Juristische Methode als Lebensaufgabe – Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001.
- Schröder*, Jochen, Widerklage gegen Dritte?, AcP 164 (1964), S. 517–535.
- Schröder*, Jochen, Internationale Zuständigkeit – Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen, Opladen 1971 (zit. *Schröder*, Internationale Zuständigkeit).
- Schultes*, Hans-Jörg, Beteiligung Dritter am Zivilprozess, Köln/Berlin 1994 (zit. *Schultes*, Drittbeteiligung).
- Schultze*, August Sigmund, Die rechtliche Stellung des sogenannten Nebenintervenienten im Rechtsstreit, ZZP 2 (1880), S. 20–100.
- Schumann*, Ekkehard, Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 571–604 (zit. *Schumann*, FS Larenz II).
- Schumann*, Ekkehard, Die Prozessermächtigung (die gewillkürte Prozessstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten, in: Heinrich, Christian (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 457–492 (zit. *Schumann*, FS Musielak I).
- Schumann*, Ekkehard, Die Wirksamkeit von Prozesshandlungen des Nebenintervenienten trotz dessen Zurückweisung, ZZP 133 (2020), S. 401–419.
- Schütt*, Philipp, Streitigkeiten über Freistellungsansprüche in Unternehmenskaufverträgen, NJW 2016, S. 980–985.
- Schütt*, Philipp, Fast-Track Arbitration: Das neue beschleunigte Verfahren der ICC, SchiedsVZ 2017, S. 81–90.
- Schütze*, Rolf A., Probleme der Anerkennung US-amerikanischer Zivilurteile in der Bundesrepublik Deutschland, WM 1979, S. 1174–1176.

- Schütze*, Rolf A., Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-amerikanischer Zivilurteile, die nach einer pre-trial-discovery ergangen sind, in der Bundesrepublik Deutschland, in: Lutter, Marcus/Oppenhoff, Walter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag, München 1987, S. 697–707 (zit. *Schütze*, FS Stiefel).
- Schütze*, Rolf A., Internationales Zivilprozeßrecht und Rechtsvergleichung, in: Institute of Comparative Law Waseda University (Hrsg.), Law in East and West – On the occasion of the 30th anniversary of the Institute of Comparative Law, Waseda University – Recht in Ost und West – Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, Tokyo 1988, S. 323–332 (zit. *Schütze*, FS Universität Waseda).
- Schütze*, Rolf A., Aktuelle Fragen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von US-amerikanischen Schiedssprüchen und Gerichtsurteilen in Deutschland, ZVglRWiss 169 (2005), S. 427–443.
- Schütze*, Rolf A., Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten, in: Gottwald, Peter/Ereciński, Tadeusz (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten – Ein Forschungsbericht, Bielefeld 2006, S. 171–202 (zit. *Schütze*, Effektivität des Rechtsschutzes).
- Schütze*, Rolf A., Die Bedeutung des effektiven Schiedsortes im internationalen Schiedsverfahren, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten u. a. (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren – Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, S. 1077–1086 (zit. *Schütze*, FS von Hoffmann).
- Schütze*, Rolf A., Der Rücktritt des Schiedsrichters vom Amt, in: Cascante, Christian/Spahlinger, Andreas/Wilske, Stephan (Hrsg.), Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution – Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag, München 2015, S. 751–758 (zit. *Schütze*, FS Wegen).
- Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit – Kommentar, 3. Aufl. 2018 (zit. *Schütze-Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit/Bearbeiter*).
- Schütze*, Rolf A., Die Dutco-Entscheidung. Probleme der Schiedsrichterbestellung im Mehrparteischiedsverfahren, in: Benicke, Christoph/Huber, Stefan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld 2020, S. 1561–1569 (zit. *Schütze*, FS Kronke).
- Schütze*, Rolf A./Thümmel, Roderich C., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl., München 2021.
- Schütze*, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter (Hrsg.), Handbuch des Schiedsverfahrens – Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Berlin/New York 1990 (zit. *Schütze/Tscherning/Wais/Bearbeiter*).
- Schwab*, Karl Heinz, Anmerkung zu OLG Celle, Urteil v. 30. März 1955 – 3 U 104/54, NJW 1955, S. 1761.
- Schwab*, Karl Heinz, The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S. and Germany, in: Sanders, Pieter (Hrsg.), International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke, Den Haag 1967, S. 301–312 (zit. *Schwab*, LA Domke).

- Schwab*, Karl Heinz, Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag, in: Lüke, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 499–515 (zit. *Schwab*, FS Schiedermaier).
- Schwab*, Karl Heinz, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft, in: Lindacher, Walter F. (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag am 6. April 1989, Bielefeld 1989, S. 285–294 (zit. *Schwab*, FS Habscheid).
- Schwab*, Karl Heinz, Die Gleichheit der Parteien bei der Bildung des Schiedsgerichts, BB Beilage 15/1992, S. 17–19.
- Schwab*, Karl Heinz/*Walter*, Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit – Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 7. Aufl., München 2005.
- Schwander*, Ivo, Die Beteiligung Dritter am Prozess: Hauptintervention, Nebenintervention und Streitverkündung, ZZZ 2007, S. 353–377.
- Schwanecke*, Hans-Joachim, Nebenintervention und Rechtskraftwirkung 1975.
- Scowcroft*, Jerome C., Arbitration – Vouching-in – Third-Party Claims, J. Marit. Law Commer. 1988, S. 605–615.
- Seitz*, Niklas Maximilian, Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?, Baden-Baden 2018 (zit. *Seitz*, Öffentlichkeit im Zivilprozess).
- Sendler*, Horst, Richter und Sachverständige, NJW 1986, S. 2907–2915.
- Seraglini*, Christophe/*Baeten*, Patrick, Expedited Rules and the Possibility of Immediate Measures once a Tribunal is Constituted, in: International Chamber of Commerce (ICC) (Hrsg.), Expedited Procedures in International Arbitration, S. 34–69 (zit. *Seraglini/Baeten*, Expedited Procedures).
- Sessler*, Anke, Die Konstituierung des Schiedsgerichts in Mehrparteischiedsverfahren – eine Bestandsaufnahme, in: Dieners, Peter/Dietzel, Andreas/Gasteyer, Thomas (Hrsg.), Liber Amicorum Dolf Weber, Baden-Baden, Germany 2016, S. 527–540 (zit. *Sessler*, LA Weber).
- Siebert*, Axel, Die Prinzipien des Kostenerstattungsrechts und die Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Kosten des Rechtsstreits – Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Haftung für Rechtsverfolgungsmaßnahmen, Frankfurt am Main 1985 (zit. *Siebert*, Prinzipien der Kostenerstattung).
- Sieckmann*, Jan-Reinard, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990 (zit. *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle).
- Siig*, Kristina Maria, Multi-party arbitration in international trade: problems and solutions, IJLSE 1 (2007), S. 72.
- Silva-Romero*, Eduardo, Brief-Report on Counterclaims and Cross-claims: The ICC Perspective, in: Bond, Stephen R. (Hrsg.), Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium – Reports of the International Colloquium of CEPANI, October 15, 2004, Brüssel 2005, S. 75–81 (zit. *Silva-Romero*, Arbitral Procedure (International Colloquium of CEPANI)).
- Sodan*, Helge, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864–873.

- Solomon, Dennis*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit – Zur Bedeutung nationaler Rechtsordnungen und der Entscheidungen nationaler Gerichte für die Wirksamkeit internationaler Schiedssprüche, München 2007 (zit. *Solomon*, Verbindlichkeit von Schiedssprüchen).
- Solomon, Dennis*, Interpretation and Application of the New York Convention in Germany, in: Bermann, George A. (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Cham 2017, S. 329–415 (zit. *Solomon*, Recognition and Enforcement of the New York Convention by National Courts).
- Solomon, Dennis*, The New York Convention, in: Balthasar, Stephan (Hrsg.), International Commercial Arbitration – International Conventions, Country Reports and Comparative Analysis, 2. Aufl., München u. a. 2021, S. 71–196 (zit. *Solomon*, International Commercial Arbitration).
- Sonnauer, Heinz*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, Köln 1992.
- Spohnheimer, Frank*, Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkennnis des Schiedsspruchs – Zugleich ein Beitrag zur Gewährung rechtlichen Gehörs in Schiedsverfahren und zur Aufhebung von Schiedssprüchen, Tübingen 2010.
- Spühler, Karl/Dolge, Annette/Gehri, Myriam A.*, Schweizerisches Zivilprozessrecht – und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010.
- Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik/Auwärter, Dorothee* (Hrsg.), Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BaslerKo-chZPO/Bearbeiter).
- Staehein, Adrian/Staehein, Daniel/Grolimund, Pascal*, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich u. a. 2013 (zit. *A. Staehein/D. Staehein/Grolimund*, ZPR Schweiz).
- Staehein, Ernst*, Die Nebenparteien im Zivilprozeß – unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn, Basel/Frankfurt am Main 1981 (zit. *E. Staehein*, Nebenparteien).
- Stahl, Walter E.*, Beiladung und Nebenintervention, Berlin 1972.
- Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Rechtspflege – Zivilgerichte (2020) – Fachserie 10 Reihe 2.1, 9.8.2021, [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?__blob=publicationFile).
- Stein, Friedrich*, Die Reform des Zivilprozesses, in: Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer (Hrsg.), Der Zivilprozess – Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform/Verhandlungen der ersten Tagung der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer zu Leipzig Oktober 1921, Mannheim u. a. 1922, S. 46–92 (zit. *Stein*, Tagung der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer).
- Stein, Friedrich*, Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., Aalen 1928 (Neudruck 1970) (zit. *Stein*, Grundriß des Zivilprozessrechts).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Tübingen 1984 (zit. *Stein/Jonas/Bearbeiter*).

- Steinberger, Helmut/Klein, Eckart/Thürer, Daniel* (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Zürich vom 3. bis 6. Oktober 1990*, Berlin/New York 1991.
- Steingruber, Andrea Marco*, *Consent in International Arbitration*, Oxford 2012.
- Stober, Rolf*, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, S. 2001–2008.
- Stoll, Heinrich*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt* (Archiv für die civilistische Praxis. Beilageheft zum 13. Band der neuen Folge. Der ganze 133. Band), Tübingen 1931, S. 60–117 (zit. *Stoll*, FG Heck, Rümelin und Schmidt).
- Stoll, Heinrich*, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. – Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre., AcP 136 (1932), S. 257–320.
- Stolzke, Sebastian*, *Aufrechnung und Widerklage in der Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln 2006.
- Streinz, Rudolf/Michl, Walther/Bings, Sophie Luise/Burgi, Martin/Dannecker, Gerhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl., München 2018 (zit. *Streinz/Bearbeiter*).
- Stretz, Christian*, Die Streitverkündung im staatlichen Gerichtsverfahren und ihre Interventionswirkung im anschließenden Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2013, S. 193–201.
- Stretz, Christian*, Das beschleunigte Verfahren unter Geltung der neuen ICC-Schiedsgerichtsordnung, GWR 2017, S. 89–93.
- Strohmayr, Peter*, *Urteilswirkungen – Vorfragen und Präklusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtssätze – ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Wien 2001 (zit. *Strohmayr*, Urteilswirkungen).
- Stürner, Rolf*, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, S. 384–392.
- Sutter-Somm, Thomas*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich u.a. 2017 (zit. *Sutter-Somm*, ZPR Schweiz).
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph* (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung – (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich u.a. 2016 (zit. *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Bearbeiter*).
- Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)*, *Arbitration Statistics 2020*, [https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/10/SCAI-Stat-2020\\_for-publication-on-website-and-other-presentations-1.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/10/SCAI-Stat-2020_for-publication-on-website-and-other-presentations-1.pdf).
- Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)*, *Swiss Rules of International Arbitration Practice Note, 2023*, <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/03/Swiss-Rules-of-International-Arbitration-Practice-Note-27.03.2023.pdf>.
- Szászy, István*, *International Civil Procedure – A Comparative Study*, Leyden 1967.
- Takei, Naoki D.*, Die Streitverkündung bei alternativer Schuldnerschaft, ZZZ 2005, S. 161–182.

- Takei*, Naoki D., Die Streitverkündung und ihre materiellen Wirkungen, Basel u.a. 2005 (zit. *Takei*, Streitverkündung).
- Tannenwald*, [k. A.], Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung, DJZ 15 (1910), S. 1022–1023.
- Taupitz*, Jochen, Verjährungsunterbrechung im Inland durch unfreiwillige Beteiligung am fremden Rechtsstreit im Ausland, ZZZ 102 (1989), S. 288–318.
- Tehrani*, Ramin, Das Wesen der Bindungswirkung im Haftpflichtversicherungsvertrag, VersR 2018, S. 1166–1173.
- Teo*, Hui Ling/*Wood*, Jody/*Norsetter*, Julia, An analysis of the new Hague Court of Arbitration for Aviation, 13. März 2023, <https://www.legalfightdeck.com/2023/03/articles/airlines/aviation-analysis-hague-courts/>.
- Theune*, Ulrich, Schiedsrichteramt, Schiedsorganisationsvertrag und Schiedsrichtervertrag bei Geltung der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, SchiedsVZ 2021, S. 177–204.
- Theune*, Ulrich, Streitverkündung in DIS-Schiedsverfahren – Einsichten und Perspektiven, SchiedsVZ 2024, S. 68–76.
- Thomas*, Quirin, Streitverkündung und Nebenintervention im (deutschen) Schiedsverfahren – Die Frage nach einer „Wertungsanalogie“, GVRZ 2023, S. 4.
- Thomas*, Stefan, Die Streitverkündung im kartellrechtlichen Schiedsverfahren, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Fairness Justice Equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag, München 2017, S. 735–743 (zit. *S. Thomas*, FS Geimer II).
- Thümmel*, Roderich C., Die Schiedsvereinbarung zwischen Formzwang und favor validitatis – Anmerkungen zu § 1031 ZPO, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 935–946 (zit. *Thümmel*, FS Schütze I).
- Träger*, Ernst, Der gesetzliche Richter – Aktuelle Fragen aus Verfassung und internationalem Recht, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin 1987, S. 123–145 (zit. *Träger*, FS Zeidler).
- Trenker*, Martin, Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention, ÖJZ 2015, S. 103–111.
- Trittmann*, Rolf, Die Kostenerstattung im Schiedsverfahren – Gibt es einen nationalen/internationalen Standard?, ZVglRWiss 114 (2015), S. 469–493.
- Trommler*, Stefan, Die Teilklage im Zivilprozess – Eine Untersuchung im Lichte der Prozesstaktik und der Verhaltensanforderungen in Prozesskostenhilfe und Rechtsschutzversicherung, Tübingen 2018 (zit. *Trommler*, Teilklage).
- Uhle*, Arnd, § 129 Rechtsstaatliche Prozeßgrundrechte und -grundsätze, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zit. *Uhle*, HGR).
- Uhlmannsiek*, Dirk, Die Widerklage gegen Dritte – zulässig trotz Zeugenausschaltung?, MDR 1996, S. 114–116.

- United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL)*, UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), 2016, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016\\_guide\\_on\\_the\\_convention.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf).
- van den Berg, Albert J., The Netherlands Arbitration Act 1986, Int'l Bus. Law. 1987, S. 356–359.
- van den Berg, Albert J., The ICC Arbitration Rules and Appointment of Arbitrators in cases Involving Multiple Defendants, in: Plantey, Alain (Hrsg.), Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, S. 19–38 (zit. van den Berg, FS Glossner).
- van den Berg, Albert J./van Delden, R./Snijders, H. J., Netherlands Arbitration Law, Deventer/Boston 1993.
- van Haersolte-van Hof, Jacomijn J., Consolidation Under the English Arbitration Act 1996: A View from the Netherlands, Arbitr. Int. 1997, S. 427–430.
- Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (VIAC) (Hrsg.), Handbook Vienna Rules – A Practitioner's Guide, Bad Vöslau 2014 (zit. Handbook Vienna Rules (2014)/Bearbeiter).
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zit. Vorwerk/Wolf/Bearbeiter).
- Voser, Nathalie, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, in: van den Berg, A.J. (Hrsg.), 50 years of the New York Convention – ICCA International Arbitration Conference, Alphen aan den Rijn 2009, S. 343–410 (zit. Voser, 50 years NYC).
- Wach, Adolf, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, in: Binding, Karl (Hrsg.), Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 1, Leipzig 1885 (zit. A. Wach, Handbuch, Bd. 1).
- Wach, Karl J. T., Schiedsverfahren bei Vierpersonenverhältnissen, KSzW 2013, S. 148–150.
- Wach, Karl J. T., Streitverkündung und Schiedsverfahren, in: Ebke, Werner F./Olzen, Dirk/Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 2015, S. 611–622 (zit. Wach, FS Elsing).
- Wach, Karl J. T., Die Münchener Regeln zur Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren – The Munich Rules (TMR) – Und es geht doch: Streitverkündung, Nebenintervention und Streitverkündungsklage im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2020, S. 228–242.
- Wach, Karl J. T./Petsch, Tom, § 4 Der Sachverständigenbeweis im Schiedsverfahren – Grenzen der Gestaltungsfreiheit von Parteien und Schiedsgericht, in: Eberl, Walter (Hrsg.), Beweis im Schiedsverfahren, Baden-Baden 2015, S. 91–113 (zit. K.J. Wach/Petsch, Beweis im Schiedsverfahren).
- Wagner, Gerhard, Prozeßverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.
- Wagner, Gerhard, Bindung des Schiedsgerichts an Entscheidungen anderer Gerichte und Schiedsgerichte, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Köln 2005, S. 7–53 (zit. Wagner, Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren).
- Wagner, Gerhard, Dispositionen über die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen – Verzicht auf Rechtskraft und Aufhebungsgründe, in: Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedhelm/Meller-



- Hannich, Caroline (Hrsg.), *Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung – Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag*, München 2015, S. 553–571 (zit. *Wagner*, FS Schilken).
- Wagner*, Rolf, *Anerkennung und Wirksamkeit ausländischer familienrechtlicher Rechtsakte nach autonomem deutschem Recht*, FamRZ 2006, S. 744–753.
- Waincymer*, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2012.
- Walder*, Hans Ulrich, *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz – Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen; Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte; Schiedsgerichtsbarkeit und weitere Fragen nach IPRG und Staatsverträgen*, Zürich 1989 (zit. *Walder*, Schweizerisches IZPR).
- Waldkirch*, Conrad, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, Tübingen 2018.
- Waldner*, Wolfram, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Köln u. a. 1989 (zit. *Waldner*, Rechtliches Gehör).
- Walsmann*, Hans, *Die streitgenössische Nebenintervention*, Leipzig 1905 (zit. *Walsmann*, Streitgenössische Nebenintervention).
- Walter*, Gerhard, *Die Vollstreckbarerklärung als Voraussetzung bestimmter Wirkungen des Schiedsspruchs*, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München 1990, S. 539–560 (zit. *Walter*, FS Gottwald).
- Waßmuth*, Guido/*Asmus*, Thomas, *Der Diskussionsentwurf des BMJV zur Einführung einer Musterfeststellungsklage*, ZIP 2018, S. 657–667.
- Weber*, Dolf, *Wider den Verlust des Bestellungsrechts bei Nichteinigung der Mehrparteiengegenseite auf einen Schiedsrichter*, in: Bachmann, Birgit/Hess, Burkhard (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen – Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2005, S. 1063–1080 (zit. *Weber*, FS Schlosser).
- Wegen*, Gerhard/*Barth*, Marcel/*Wexler-Uhlich*, Roman, *International Arbitration in Germany – A Handbook*, München u. a. 2022.
- Weinberger*, Ota, *Norm und Institution – Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien 1988.
- Weller*, Marc-Philippe, *Die Vertragstreue – Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Tübingen 2012 (zit. *Weller*, Vertragstreue).
- Welser*, Irene, *Mehrparteien-Schiedsverfahren aus praktischer Sicht: Segen oder Fluch?*, in: Ebke, Werner F./Olzen, Dirk/Sandrock, Otto (Hrsg.), *Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2015, S. 651–669 (zit. *Welser*, FS Elsing).
- Wendelstein*, Christoph, *Zur Schadenshaftung für „Erfüllungs“-Gehilfen bei Verletzungen des Integritätsinteresses*, AcP 215 (2015), S. 70–106.
- Werner*, Rüdiger, *Die Organhaftung, das Schiedsverfahren und die Streitverkündung*, NZG 2023, S. 458–464.
- Westermann*, Harm Peter/*Grunewald*, Barbara/*Maier-Reimer*, Georg/*Erman*, Walter (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG*,

- LPartG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG und WEG, 17. Aufl., Köln 2023 (zit. Erman-BGB/Bearbeiter).
- Westermann*, Harry, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955 (zit. *Westermann*, Richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht).
- Wetzel*, Hans, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491–566.
- Wetzell*, Georg Wilhelm, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.
- Weyers*, Hans-Leo, Unfallschäden – Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt am Main 1971 (zit. *Weyers*, Unfallschäden).
- Widdascheck*, Mirko, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders, Berlin 2018.
- Widmer Lüchinger*, Corinne/*Oser*, David/*Ammann*, Caterina/*Amstutz*, Marc/*Bauer*, Christoph/*Fasel*, Urs (Hrsg.), Obligationenrecht, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BaslerKo-OR/Bearbeiter).
- Wieacker*, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Wieczorek*, Bernhard/*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, 4. Aufl., Berlin/Boston 2012 ff. (zit. *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*).
- Wieczorek*, Bernhard/*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, 5. Aufl., Berlin/Boston 2022 ff. (zit. *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*).
- Wieling*, Hans Josef, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), S. 334–355.
- Wieser*, Eberhard, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, Bielefeld 1965.
- Wieser*, Eberhard, Die Interventionswirkung nach § 68 ZPO, ZZP 79 (1966), S. 246–294.
- Wieser*, Eberhard, Besprechung von BGH Urteil vom 21. Mai 1969 – VIII ZR 141/67, ZZP 83 (1970), S. 220–224.
- Wieser*, Eberhard, Voraussetzungen der streitgenössischen Nebenintervention, ZZP 112 (1999), S. 439–446.
- Wilhelmi*, Rüdiger, Die Verletzung rechtlichen Gehörs im Schiedsgerichtsverfahren – Zugleich Besprechung von BGH Beschl. v. 18. Juli 2019 – I ZB 90/18, SchiedsVZ 2020, S. 30–34.
- Wilhelmi*, Walter, Die Streitverkündung im Ausland, Niemeyer's Zeitschrift 1933–1934, S. 105–144.
- Wilske*, Stephan, Ad hoc Arbitration in Germany, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimientto, Patricia (Hrsg.), Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn/New York 2015, S. 727–751 (zit. *Wilske*, Arbitration in Germany).
- Wilske*, Stephan/*Markert*, Lars/*Ebert*, Björn P., Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2022 und Ausblick auf 2023, SchiedsVZ 2023, S. 121–142.
- Windel*, Peter A., Zur prozessualen Stellung des einfachen Streithelfers (§§ 67, 71 Abs. 3 ZPO), ZZP 104 (1991), S. 321–348.
- Windel*, Peter A., Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, Heidelberg 1992 (zit. *Windel*, Interventionsgrund).

- Wolff*, C., Beitrag zur Lehre der Litisdenuciation, namentlich in Betreff deren Wirkungen, *ApR* 7 (1870), S. 126–150.
- Wolff*, Georg, Die streitgenössische Nebenintervention 1950.
- Wolff*, Reinmar (Hrsg.), *New York Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 – Article-by-Article Commentary*, 2. Aufl., München 2019 (zit. *Wolff-NYC/Bearbeiter*).
- Wolff*, Reinmar, Die Landschaft der Schiedsgerichtsbarkeit im Spiegel gerichtlicher Entscheidungen, *SchiedsVZ* 2022, S. 72–84.
- Wolff*, Reinmar, Bewegung am Streitbeilegungsstandort Deutschland: Einführung von Commercial Courts und englischer Gerichtssprache durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz, *SchiedsVZ* 2023, S. 209–223.
- Wurmnest*, Wolfgang, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J. u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts – Band I*, Tübingen 2009 (zit. *Wurmnest*, HWB – EuP).
- Zerbe*, Götz, Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts auf der Grundlage des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1995 (zit. *Zerbe*, Reform durch das UNCITRAL-Modellgesetz).
- Zerhusen*, Jörg, Der „Dritte“ im baurechtlichen Schiedsverfahren, in: Kniffka, Rolf (Hrsg.), *Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag*, München 2005, S. 355–368 (zit. *Zerhusen*, FS Thode).
- Ziegert*, Kathrin, Die Interventionswirkung, Tübingen 2003 (zit. *Ziegert*, Interventionswirkung).
- Zippelius*, Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 1976, S. 108–124 (zit. *Zippelius*, FS BVerfG (25 Jahre)).
- Zöller*, Richard/*Althammer*, Christoph/*Feskorn*, Christian (Hrsg.), *Zivilprozessordnung – Mit FamFG (§§ 1–185, 200–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, 35. Aufl., Köln 2024 (zit. *Zöller/Bearbeiter*).
- Zöllner*, Wolfgang, Materielles Recht und Prozeßrecht, *AcP* 190 (1990), S. 471–495.

## Sachwortverzeichnis

- Abhilfeklage 171
- Allgemeiner Justizgewähranspruch 162
- Alternative Gläubiger- und Schuldnerschaft 64
- American Rule 229
- Anerkennung
  - Ausländischer Gerichtsentscheidungen 153
  - Von Streitverkündungswirkung aus Schiedsverfahren 333
- Anerkennungszuständigkeit 142
- Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts 340
- Arbitrales Streitverkündungsrecht 342
- assistência simples 344
- Aufhebungsklage *siehe* Instanzenzug
- Ausschließlich vorteilhafte Feststellungen 72
- Außergerichtliche Streitverkündung 244
- Australien 346
- Autonomie der Schiedsrichter *siehe* Schiedsrichter
  
- Balance of probabilities** 266
- Beisitzende Schiedsrichter *siehe* Konstituierung des Schiedsgerichts
- Beschleunigtes Verfahren 269
- Beschränkung auf eine mündliche Verhandlung 252
- Besetzung des Spruchkörpers *siehe* Spruchkörperbesetzung
- Beweismaß 265
- Bilaterale Abkommen 335
- Brasilien 344
  
- Commercial Court 88, 133, 171
- Confidentiality *siehe* Vertraulichkeit
- Consolidation 343, 346
- Court of Appeals *siehe* SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Danaos
- Culpakompensation 97
  
- De lege ferenda 311
- denunção da lide 344
- DIS-ERS 28, 242, 249, 348
- Document production *siehe* Dokumentenvorlage
- Dokumentenvorlage 256
- Drittbeteiligung, Lücke in den §§ 1025 ff. ZPO 34
- Drittwiderklage *siehe* Isolierte Drittwiderklage
- Dutco-Entscheidung 208
  
- Eckpunktepapier des BMJ zur Reform des Schiedsverfahrensrechts** 341
- Effektiver Rechtsschutz *siehe* Gebot effektiven Rechtsschutzes
- Einfache Nebenintervention *siehe* Nebenintervention
- Einheit der Rechtsordnung 36 ff.
- Einrede der fremden Rechtsordnung 332
- Einrede nicht gewährten Gehörs *siehe* exceptio inauditae alterae partis
- Einzelschiedsrichter *siehe* Konstituierung des Schiedsgerichts
- Entscheidungseinklang *siehe* Internationaler Entscheidungseinklang
- Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Schiedsverfahrensrechts 341
- Ergänzende Regeln für Streitverkündungen *siehe* DIS-ERS
- Ersatzbestellung *siehe* Konstituierung des Schiedsgerichts
- Exceptio inauditae alterae partis 79, 102
- Exceptio mali processus 77
- Expedited procedure 269
  
- Freistellung von Prozessrisiken** 288
- Freistellungspflicht 298
  - Streitverkündungswirkung als Haftung für die 308

- Garantie des gesetzlichen Richters** 191  
**Garantievertrag** 288  
**Gebot effektiven Rechtsschutzes** 163, 168, 238  
**Gebot paritätischer Mitwirkung** 194  
**Gerichtsbarkeiten** 192  
**Gerichtsstandsinteresse des Dritten** *siehe* Interesse  
**Geschichte der Streitverkündung** 283  
   – In der Schweiz 285  
   – In Österreich 287  
**Gesetzlicher Richter** *siehe* Garantie des gesetzlichen Richters  
**Gewährleistungsfälle** 67  
**Gläubigerstreit** 92
- Haager Gerichtsstandsübereinkommen** 344  
**Hague Court of Arbitration for Aviation** 345  
**Hannoverscher Entwurf** 283  
**Hauptintervention** 92  
**Henckel** 279  
**Hongkong** 346
- Imparität** 212  
**Indemnities** 288  
**Instanzenzug** 167  
**Interesse**  
   – Bedeutung im Rahmen der Wertungsanalogie 41  
   – Begriffsbildung 42 ff.  
   – Des Dritten an einer richtigen Entscheidung 87  
   – Gerichtsstandsinteresse des Dritten 86  
   – Kosteninteresse *siehe* Kostenverteilung  
   – Proaktiver Rechtsschutz durch den Dritten 108  
   – Schutz des Verfahrensgegners vor einer Verzögerung des Primärprozesses 122  
   – Schutz vor widersprüchlichen Feststellungen 54, 58  
   – Unterstützung der Hauptpartei durch den Dritten 103  
**Interessenkonträre Feststellungen** 80  
**Interessenparallele Feststellungen** *siehe* Interessenkonträre Feststellungen  
**Internationale Schiedsverfahren** 315
- Internationaler Entscheidungseinklang** 154  
**Intervención provocada** 143  
**Isolierte Drittwiderklage** 89  
**Issue preclusion** *siehe* Vouching in
- Joinder** 25, 241, 342  
**Jurisdiktionsakt** 39  
**Justizgewähranspruch** *siehe* Allgemeiner Justizgewähranspruch
- KapMuG-Verfahren** 171  
**Kollisionsrechtliche Qualifikation** 315  
**Konstituierung des Schiedsgerichts** 194  
   – Beisitzende Schiedsrichter 204  
   – Einzelschiedsrichter 203  
   – Ersatzbestellung 208  
   – Vorsitzender im dreiköpfigen Schiedsgericht 203  
**Kostenverteilung**  
   – Im Schiedsverfahren 225  
   – Im staatlichen Zivilprozess 124  
**Kumulative Haftung** 60, 67
- Legitimation**  
   – Der Nebenintervention im Schiedsverfahren 157, 158  
   – Der Streitverkündung im Schiedsverfahren 134  
**Leitlinien** *siehe* Appell zur Reform des Schiedsverfahrensrechts
- Materielles Recht** 279  
**Materiellrechtliche Grundlegung der Streitverkündung** 283  
**Materiellrechtliche Streitverkündungswirkung** 288, 292, 298  
**Mehrparteienkonflikt**  
   – Begriff 23  
   – Schiedsrichterbestellung im 204  
**Mündliche Verhandlung** *siehe* Beschränkung auf eine mündliche Verhandlung  
**Munich Rules** *siehe* The Munich Rules  
**Musterfeststellungsklage** 171
- Natur der Schiedsgerichtsbarkeit** 38  
**Nebenintervention**  
   – Einfache 115  
   – Rechtliches Interesse 111

- Streitgenössische 117
- Zugrundeliegende Wertungen 119
- Zwischenstreit 114
- Nebenpflichten 298
- Nemo auditur 292
- Nemo iudex in sua causa 231
- Neutralität 194, 238
- New Yorker Übereinkommen *siehe* UNÜ
- Nichtöffentlichkeit 175, 178, 189
- Niederlande 345
- Norddeutscher Entwurf 284
- Normanwendungsbefehl 328
- Notice of defence *siehe* vouching in
- Notlage der Hauptpartei 95
  
- Öffentliche Interessen**
  - Bedeutung für die Teleologie der Streitverkündungswirkung 99
  - Begriffsbildung 44
- Ordre public 142, 229
- Österreich *siehe* Geschichte der Streitverkündung
  
- Paritätische Mitwirkung *siehe* Gebot paritätischer Mitwirkung**
- Pechstein 163
- Permanent Court of Arbitration 345
- Preponderance of evidence *siehe* balance of probabilities
- Preußischer Entwurf 284
- Priming effect 109
- Privacy *siehe* Nichtöffentlichkeit
- Privatautonomie des Dritten 136
- Proaktiver Rechtsschutz durch den Dritten *siehe* Interesse
- Prozessökonomie 222
- Prozessrecht 279
- Prozessverlust *siehe* Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts
  
- Qualifikation 315**
  - Der Streitverkündung 324
  - Funktionale Methode 322
  - Tendenz zur materiellrechtlichen 319
  - Tendenz zur prozessrechtlichen 321
  
- Rättegångsbalk 344**
- Rechtliches Gehör 79, 169, 174, 238
- Rechtliches Interesse *siehe* Nebenintervention
- Rechtssicherheit 222
- Reform des Schiedsverfahrensrechts 340
- Regelungsbedarf 340
- Regierungsentwurf *siehe* Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Schiedsverfahrensrechts
- Regressfalle 26
- Regressfälle 64
- Remote Hearing *siehe* Virtuelle Schiedsverhandlung
- Richtigkeitsgewähr 59, 88, 169, 174
- Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts 56, 62
  
- Sachverständigenbeweis 259**
- Samenvoeging 345
- SCAC Transport (USA) Inc. v. S. S. Da-naos 149
- Schadloshaltung 67
- Schiedsfähigkeit II-Entscheidung 160
- Schiedsinstitution 199
- Schiedsort 330
- Schiedsrichter
  - Autonomie der 213
  - Bestellung *siehe* Konstituierung des Schiedsgerichts
- Schiedsrichterablehnung 199
- Schiedsspezifische Mehrkosten *siehe* Kostenverteilung
- Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut 274
- Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz 1998 34 f.
- Schweden 344
- Schweiz *siehe* Geschichte der Streitverkündung
- Singapur 343
- SOBau 148
- Sowieso-Kosten *siehe* Kostenverteilung
- Sprache *siehe* Verfahrenssprache
- Spruchkörperbesetzung 201
- Standard of proof *siehe* Beweismaß
- Streitgenössische Nebenintervention *siehe* Nebenintervention

- Streitverkündungsähnliche Bindungswirkung 292
- Streitverkündungsgrund 59
- Streitverkündungswirkung
- Aus einem staatlichen Zivilprozess in ein Schiedsverfahren 30
  - Objektiver Umfang 74
  - Subjektiver Umfang 82
- Streupflicht-Fall nach RGZ 77, 360 64, 108
- Subjektiver Umfang der Streitverkündungswirkung *siehe* Streitverkündungswirkung
- Subsidiäre Haftung 66
- Tender of defence** *siehe* vouching in
- Territorialitätsprinzip 330
- The Munich Rules 29, 130, 348, 349
- Third party notice *siehe* vouching in
- Trennung des Prozessrechts vom materiellen Recht 279
- Im Kollisionsrecht 316
- Unterstützung der Hauptpartei durch den Dritten *siehe* Interesse
- UNÜ 335
- Urheberbenennung 93, 107
- Urteilswirkung 328
- USA 141, 343
- Veranlasserprinzip 124, 226
- Verantwortlichkeitsprinzip 96
- Verbraucherschutz 220
- Vereinigten Staaten von Amerika *siehe* USA
- Verfahrenssprache 251
- Verjährungshemmung 31
- Versicherungsvertrag 288
- Vertrag mit Lastwirkung 147
- Vertraulichkeit 175, 180
- Verzicht auf die Streitverkündung 147
- Virtuelle Schiedsverhandlung 254
- Vorbehalt effektiven Rechtsschutzes 236
- Vorsitzender im dreiköpfigen Schiedsgericht *siehe* Konstituierung des Schiedsgerichts
- Vouching in 141
- Warranties** 288
- Weltraumrecht 344
- Wertungen
- Bedeutung im Rahmen der Wertungsanalogie 51
  - Begriffsbildung 49
  - Legitimation der Streitverkündung im Schiedsverfahren 134
- Wertungsanalogie 33 ff.
- Widerklage *siehe* Isolierte Drittwiderklage
- Widersprüchliche Feststellungen *siehe* Risiko widersprüchlicher Feststellungen
- Widersprüchlicher doppelter Feststellungsverlust *siehe* Risiko eines widersprüchlichen doppelten Feststellungsverlusts
- Zeitliche Grenzen der Streitverkündung** 240
- Zeugenbeweis 259
- Zweiparteienstruktur 24
- Zwischenstreit *siehe* Nebenintervention