

Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren

Von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Düsseldorf

- I. Problemstellung
- II. Beweisverfahren als rechtsstreitähnliches Verfahren
 - 1. Beweissicherung als außerprozessuale Beurkundung »zu ewigem Gedächtnis«
 - 2. Beweissicherung als vorweggenommenes Hauptverfahren
- III. Gegenargumente
- IV. Konsequenzen

Zum 1. 4. 1991 wurde die Zivilprozeßordnung im Rahmen des Rechtspflege-Einfachungsgesetzes¹ novelliert. Eine der zentralen Änderungen ist die Einführung des selbständigen Beweisverfahrens. Dieses Verfahren hat das alte Beweissicherungsverfahren ersetzt und die Möglichkeiten vorprozessualer Sachaufklärung für Parteien und Gerichte erheblich verbessert. Besonders in Bausachen und Arzthafungs-fällen ist es zu einem wichtigen Verfahrensinstrument geworden.

An das selbständige Beweisverfahren knüpfen sich eine Reihe schwieriger Rechtsfragen. Diese kreisen darum, wie das Beweisverfahren in die ZPO einzuordnen ist. Ist das selbständige Beweisverfahren der streitigen Gerichtsbarkeit zuzuordnen oder ist es ein Stück freiwilliger Gerichtsbarkeit in der ZPO?² Im folgenden soll diese Grundfrage im weiteren anhand eines Detailproblems verdeutlicht werden. Es geht darum, ob im selbständigen Beweisverfahren eine Streitverkündung zulässig ist; diese in der ZPO nicht ausdrücklich geregelte Frage wird derzeit in Rechtsprechung und Literatur besonders heftig diskutiert.

Im Verlauf dieser Untersuchung soll zunächst erläutert werden, warum das Problem der Streitverkündung im Beweisverfahren gerade für die Praxis von großer Bedeutung ist. In einem zweiten Teil wird versucht, das Problem der Streitverkündung unter Beachtung der geschichtlichen Entwicklung der außerprozessualen Beweissicherung zu lösen. Abschließend soll gezeigt werden, daß mit der Qualifizierung des Beweisverfahrens als einem rechtsstreitähnlichen Verfahren einige Streitfragen zu lösen sind.

¹ Gesetz vom 17. 12. 1990, BGBl. 2847. Vgl. hierzu *Booz*, BauR 1989, 30; *Koebke*, BauR 1988, 302; *Lindemann*, ZRP 1988, 248; *Pieper*, WuV 1988, 47, 61; *Schuschke*, ZRP 1988, 371.

² So schon die Diskussion im 19. Jahrhundert vgl. *Marcus*, Gruchot 34 (1980), 365, 368 f. Ähnlich auch heute noch *Weise*, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, München 1994, Rdnrn. 9–11.

1. Problemstellung

Wer ein Haus baut, braucht für den Spott nicht zu sorgen. Häufig treten zum Ärger des Bauherrn Baumängel auf, die Gegenstand umfangreicher Gewährleistungsprozesse mit dem Ziel der Mängelbeseitigung werden können. Im Vorfeld solcher Prozesse werden Beweisverfahren durchgeführt, um den mangelhaften Zustand des Hauses zu dokumentieren. Der Bauherr hat regelmäßig einen Generalunternehmer mit der Errichtung des Hauses betraut. Dieser hat seinerseits mit Subunternehmern Verträge über Einzelleistungen abgeschlossen. Im Prozeß um Baumängel steckt der Generalunternehmer in einer Zwickmühle. Er muß als Vertragspartner des Bauherrn für Mängel einstehen, auch wenn diese von einem Subunternehmer verursacht sind. Will der Generalunternehmer seinerseits gegen die Subunternehmer vorgehen, kommt er in Bedrängnis. Das Urteil aus dem Baumängelprozeß bindet nur Bauherr und Generalunternehmer. Im Verhältnis zum Subunternehmer entfaltet das Urteil keine Wirkung. Dasselbe gilt grundsätzlich für das Ergebnis des Beweisverfahrens. Das Gutachten des Sachverständigen kann nur im Verfahren mit dem Bauherrn herangezogen werden; im Verhältnis zum Subunternehmer kommt dem Gutachten keine Bedeutung zu. Folglich müßte der Generalunternehmer je nach dem Ausgang des ersten Beweisverfahrens weitere Verfahren in bezug auf Subunternehmer beantragen. Dies führt zu Zeitverlusten; die Beweismittel drohen verlorenzugehen und die Verjährungsfristen laufen ungehemmt.

Bei der Erhebung von Beweisen im Prozeß kann die Streitverkündung helfen. Der Generalunternehmer verkündet dem Subunternehmer während des Baumängelprozesses den Streit. Aufgrund der Interventionswirkung ist dem Subunternehmer dann im Folgeprozeß der Einwand verwehrt, im Baumängelprozeß zwischen Bauherr und Generalunternehmer sei unrichtig entschieden worden. Diese Lösung hilft, soweit sich der Generalunternehmer vor Angriffen auf das Urteil im Baumängelprozeß schützen will.

Schwierig wird es jedoch hinsichtlich der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren: Kann der Generalunternehmer dem Subunternehmer auch im vorprozessualen Beweisverfahren den Streit verkünden? Greift in solchen Fällen eine Interventionswirkung mit der Folge ein, daß der Subunternehmer das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mehr angreifen kann? Schon nach altem Recht enthielt die ZPO hierzu keine Regelung. Daher war bereits vor dem Inkrafttreten des Rechtspflege-Entlastungsgesetzes streitig, ob eine Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren zulässig ist. Die Oberlandesgerichte Hamm³ und Saarbrücken⁴ sowie die Landgerichte Bremen⁵, Koblenz⁶ und Köln⁷ sprachen sich gegen eine

3 OLG 1993, 204.

4 OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216.

5 LG Bremen, MDR 1984, 237.

beweissichernde Streitverkündung aus. Das Kammergericht⁸ bejahte hingegen die analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften auf das Beweissicherungsverfahren. Ähnlich zerstritten war die prozeßrechtliche Literatur⁹.

Die Diskussion hat sich durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz nicht grundlegend geändert. Hier hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, durch einen Federstrich ganze Bibliotheken zu Makulatur werden zu lassen. In diesem Sinne wies der Rechtsausschuß des Bundestages auch in einer Beschlussempfehlung auf die »wünschenswerte Möglichkeit der Beteiligung Dritter« im Beweisverfahren hin¹⁰. Eine gesetzliche Regelung hielt der Ausschuß allerdings nicht für erforderlich. Denn es sei zu erwarten, daß »die Rechtsprechung in diesen Fällen die Streitverkündungsvorschriften der ZPO entsprechend« anwende¹¹. Diese Erwartung erwies sich als trügerisch. Zum damaligen Zeitpunkt war (ebenso wie heute) nicht abzusehen, wie sich die Gerichte in dieser alten Streitfrage entscheiden werden. Dem Rechtsausschuß müssen die einander widerstreitenden Entscheidungen insbesondere des Kammergerichts und des OLG Saarbrücken vorgelegen haben. Von daher war das Vertrauen des Ausschusses in eine einheitliche Linie der Gerichte durch nichts begründet.

Tatsächlich setzte sich der Streit nach Einführung des selbständigen Beweisverfahrens fort¹². Das Oberlandesgericht Hamm¹³ und das Landgericht Stuttgart¹⁴

6 Beschluß vom 19. 9. 1980 – 14 Ta 74/80 (unveröff.).

7 LG Köln, BauR 1980, 97.

8 KG, MDR 1988, 680 – JurBüro 1988, 153 ff.

9 §§ 72 ff. ZPO halten für unmittelbar anwendbar: *Wieczorek*, ZPO, Erster Band: §§ 1–252, 2. Aufl. Berlin 1976, §§ 66 Anm. A I a; *Baden*, BauR 1984, 306 f.; *Mickel*, BB 1984, 438 ff. Die herrschende Meinung bejaht eine analoge Anwendbarkeit der §§ 72 ff. ZPO; so etwa *Werner/Pastor*, Der Bauprozeß. Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozeses, 5. Aufl. 1986, Rdnrn. 36–42; *Spilok*, Grundfragen der Beweissicherung. Das Verfahren nach den §§ 485 ff. ZPO als besondere Form vorläufigen Rechtsschutzes, Diss. Freiburg 1982, S. 81 ff.; *Lammenetz*, Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, Diss. Köln 1976, S. 109; *Wussow*, Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen, 2. Aufl., Köln-Braunsfeld 1981, S. 95–98; *Eibner*, Möglichkeiten und Grenzen der Streitverkündung, Diss. Erlangen 1986, S. 26 ff.; *ders.*, JurBüro 1988, 149, 153–156; *Schilken*, ZJP 92 (1979), 238, 260.

Für eine Unzulässigkeit der Streitverkündung votierten lediglich *Kroppen/Heyers/Schmitz*, Beweissicherung im Bauwesen, Wiesbaden 1982, Rdnrn. 379–410; *Motzke*, Die Vorteile des Beweissicherungsverfahrens in Baustreitigkeiten, Augsburg 1981, S. 216 f.; *Postelt*, BauR 1980, 33–35.

10 BT-Drucks. 11/8283, S. 48.

11 BT-Drucks. 11/8283, S. 48.

12 Im türkischen Zivilprozeßrecht ist eine Streitverkündung im Beweissicherungsverfahren nicht zulässig; vgl. *Pekcanitez*, ZJP 105 (1992), 469, 471.

13 OLG 1992, 113.

14 BauR 1992, 267.

lehnten Ende 1991 die Möglichkeit einer Streitverkündung ab. Andere Gerichte¹⁶ – wie die Oberlandesgerichte Köln¹⁶ und Koblenz¹⁷ – befürworteten die analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften im selbständigen Beweisverfahren¹⁸. Eine Klärung dieser Frage durch den BGH ist derzeit nicht in Sicht. Die meisten Gerichte haben bislang die Zulässigkeit der Streitverkündung im ersten Beweisverfahren selbst erörtert und die Zustellung der Streitverkündungsschrift durch Beschluß abgelehnt. Diese Praxis widerspricht dem geltenden Prozeßrecht, wonach die Zulässigkeit der Streitverkündung erst im Folgeverfahren geprüft wird¹⁹. Gleichzeitig verhindert diese Vorgehensweise auch, daß die Frage der Streitverkündung im Rahmen eines Revisionsverfahrens höchstrichterlich geklärt wird.

Der Streit entzündete sich an einem Merkmal. Nach § 72 ZPO ist eine Streitverkündung nur zulässig, sofern eine Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt. Entscheidend ist die Frage, ob das selbständige Beweisverfahren als »Rechtsstreit« i. S. von § 72 ZPO angesehen werden kann. Eine allgemeingültige Definition des Begriffs »Rechtsstreit« fehlt. Die Prozeßrechtswissenschaft hat eine einheitliche Umschreibung noch nicht gefunden²⁰. Einigkeit besteht darüber, daß es sich bei einem Rechtsstreit um eine Auseinandersetzung zwischen zwei Parteien handelt, die durch eine gerichtliche Entscheidung geklärt werden soll²¹. Diese Ele-

mente finden sich auch in § 72 ZPO. Dort wird auf die rechtskräftige »Entscheidung des Rechtsstreits« abgestellt und von einer »Partei« gesprochen, die der Gefahr eines »ihr ungünstigen Ausgangs« des Verfahrens ausgesetzt ist. § 66 ZPO setzt ferner voraus, daß »eine Partei obsiegt«.

Am Ende des Beweisverfahrens steht jedoch keine bewertende Entscheidung des Gerichts über einen Sachverhalt. Das Gericht führt lediglich vorsorglich eine Beweisaufnahme durch, ohne eine eigene inhaltliche Entscheidung über den Beweiswert zu treffen. Es geht bei dem Beweisverfahren um die »prozeßrechtlich geordnete, rechtzeitige, eilbedürftige Feststellung von Tatsachen durch Benutzung bestimmter Beweismittel«²², nicht jedoch um die Beurteilung eines Sachverhalts. Diese Qualifizierung wird durch den Wortlaut der Vorschriften zum selbständigen Beweisverfahren bestätigt. § 485 Abs. 1 ZPO trennt ausdrücklich zwischen dem »Streitverfahren« und dem »Beweisverfahren«. § 485 Abs. 2 ZPO sieht außerdem die Möglichkeit eines Beweisverfahrens für den Fall vor, daß »ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist«. Auch die Rechtsprechung sieht Beweis- und Hauptverfahren als voneinander zu unterscheidende, »eigenständige gerichtliche Verfahren«²³ an²⁴. Rechtsprechung und Literatur sind sich dementsprechend einig, daß das Beweisverfahren kein Rechtsstreit ist²⁵. Eine unmittelbare Anwendung der Streitverkündungsvorschriften wird daher auch von niemandem vertreten.

II. Beweisverfahren als rechtsstreitähnliches Verfahren

Die Lösung kann daher nur in einer analogen Anwendung liegen. Das Beweisverfahren ist unter Umständen ein dem Rechtsstreit derart ähnliches Verfahren, daß aufgrund vergleichbarer Interessenlage die Anwendung der Streitverkündungsvorschriften möglich ist. Eine solche Analogie ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die ZPO insoweit eine planwidrige Regelungslücke aufweist. Um dies beurteilen zu können, bedarf es eines Blickes auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften zur Beweissicherung. Nur diese historische Rückschau vermag zu entschlüsseln, ob der Gesetzgeber das selbständige Beweisverfahren als rechtsstreitähnlich betrachtet hat oder von vornherein jegliche Ähnlichkeit mit dem Rechtsstreit ausschließen wollte. In der Diskussion um die Rechtsnatur des Beweisverfahrens ist der rechtshistorische Aspekt bislang immer ausgeblendet worden. Hätte sich die Literatur die geschichtlichen Wurzeln der Beweissicherung vor Augen geführt, so

chen werden kann. Dies wird von einem Teil der Literatur bejaht, von anderen wiederum abgelehnt; siehe hierzu ausführlich *Schilken*, ZZP 92 (1979), 238, 248 ff.

22 OLG Nürnberg, NJW 1989, 235.

23 OLG Nürnberg, NJW 1989, 235.

24 OLG München, OLGZ 1982, 93; *Motzke*, BauR 1983, 501.

25 So auch LG Köln, BauR 1980, 97; LG Bremen, MDR 1984, 237; *Postelt*, BauR 1980, 33, 34; *Lammeneth*, Nebenintervention (Fußn. 9), S. 159.

15 AG Böblingen, Beschluß vom 6. 2. 1991, zit. nach *Wirth*, BauR 1992, 299, 301.

16 JMBL 1993, 104; ähnlich OLG Köln, NJW 1993, 2757.

17 BauR 1993, 364. Offengelassen im Beschluß des OLG München vom 28. 5. 1993, NJW 1993, 2756.

18 Ähnlich auch in der Literatur *Weise*, Praxis (Fußn. 2), Rdern. 335 ff.; *Vygen*, BauR 1992, 267; *Jagenburg*, NJW 1992, 3212; *Wirth*, BauR 1992, 303 ff.; *Deubner*, JuS 1993, 755, 756. Die Kommentarliteratur lehnt allerdings bis heute eine analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften ab; siehe etwa *Bork*, in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO, Band 1: §§ 1–90, 21. Aufl., Tübingen 1993, § 66 Rdnr. 6 b und § 72 Rdnr. 10 b; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 52. Aufl., München 1994, § 66 Rdnr. 4; *Zoller/Stephan*, ZPO, 18. Aufl., Köln 1993, § 487 Rdnr. 3; *Zimmermann*, ZPO, 3. Aufl., Heidelberg 1993, § 66 Rdnr. 2; *Thomas/Putzo*, Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., München 1993, § 66 Rdnr. 2.

19 BGH, NJW 1987, 1894; OLG Bamberg, OLGZ 1979, 210.

20 Vgl. hierzu die zusammenfassende Darstellung bei *Stefan Smid*, Rechtsprechung – zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß, Köln 1990, insbes. S. 37 ff.

21 OLG Koblenz, BauR 1993, 364, 365; *Stein/Jonas/Bork*, § 81 Rdnr. 4; vgl. die weiteren Nachweise bei *Smid*, Rechtsprechung (Fußn. 20), 48 ff. Anders allerdings *Stein/Jonas/Bork*, § 66 Rdnr. 6, wo *Bork* den »Beitritt in einem rechtshängigen Erkenntnisverfahren« als »Normalfall« der Nebenintervention bezeichnet. Ähnlich OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216. Damit verlagert sich die Frage der Streitverkündung im Beweisverfahren auf das Problem, ob in einem solchen Verfahren von »Rechtshängigkeit« gespro-

wäre vielleicht eine Lösung des Problems der beweissichernden Streitverkündung in greifbarer Nähe gewesen. Denn in der heutigen Diskussion ist das Wissen darum verlorengegangen, daß seit dem römischen Recht zwei Arten der Beweisverfahren existieren, die noch im geltenden Prozeßrecht sorgfältig voneinander zu trennen sind. Auf der einen Seite steht die Beweisbeurkundung ohne Beteiligung des Gegners »zum ewigen Gedächtnis«; auf der anderen Seite steht das Beweisverfahren mit Beteiligung des Gegners, bezogen auf ein konkretes Streitverfahren.

1. Beweissicherung als außerprozessuale Beurkundung »zu ewigem Gedächtnis«

Das nachklassische römische Recht kannte eine Beweissicherung, die eher als gerichtliche Urkundstätigkeit anzusehen ist²⁶. Aus Kapitel 9 der 90. Novelle²⁷ wurde abgeleitet, daß sich jedermann an eine beliebige Behörde oder ein Gericht seiner Wahl zwecks Sicherung von Beweismitteln wenden konnte. Diese konnten dann die Zeugen vernehmen, deren man sich in irgendeiner Sache bedienen wollte. Es soll hier nicht erörtert werden, ob diese Deutung der Novelle zutreffend ist²⁸. Jedenfalls finden sich zahlreiche bis zum Ende des Mittelalters datierende Urkunden, in denen Gerichte ohne Nennung eines Gegners Beweismittel dokumentierten²⁹. Die Tätigkeit dieser Gerichte beschränkte sich auf die reine Beurkundung zugunsten einer Partei. Diese Partei konnte die beurkundeten Beweismittel jederzeit in einem oder mehreren Prozessen verwenden. Diese prozessunabhängige Beweissicherung wurde daher zutreffend als *probatio in perpetuum rei memoriam*, als Beweis zum ewigen Gedächtnis bezeichnet.

Die Tradition der außergerichtlichen Beweissicherung setzte sich bis in die Neuzeit fort. Sie hielt Einzug in zahlreiche Prozeßordnungen, etwa in die Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover aus dem Jahre 1850. Dort ist unter anderem ein Beweisverfahren vorgesehen, das ohne Mitwirkung des Prozeßgegners stattfindet. Hiernach konnte sich eine Partei durch Antrag an jedes Amtsgericht »vor Erhebung eines Rechtsstreits und ohne Namhaftmachung eines demnächstigen bestimmten Prozeßgegners« jedes Beweismittel sichern (§ 250).

26 Siehe hierzu die Nachweise bei *Artur Steinwenter*, Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer, Graz 1915, S. 47.

27 Als Beleg wird ferner herangezogen fr. 40 D. ad legem Aquilianam IX. 2; fr. 32 § 1 D. de furtis XLVII 2; fr. 3, § 5 D. de edicto Carbon. XXXVII.10.

28 Das Thema ist bereits im 19. Jahrhundert ausführlich diskutiert worden. Für eine Ableitung aus dem römischen Recht sprach sich etwa *Georg Wilhelm Wetzell* aus; s. ders., System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878, S. 230 Note 31. Dagegen mit Recht *Georg Adam Wirsing*, Der Beweis zum ewigen Gedächtnis nach heutigem gemeinen Rechte, Würzburg 1747, S. 11 ff. Siehe hierzu ferner *Dieffenbach*, Dissertatio de probatione quatenus per examen testium in perpetuum rei memoriam fieri potest, Erfurt 1722.

29 Die Urkunden finden sich erwähnt im Deutschen Rechtswörterbuch, hrsg. von der Königl. Preuß. Akademie, Band III: E – Geleutleute, Berlin 1938, S. 1335.

Auch in den Verfahrensordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit war eine solche Form gerichtlicher Beweisbeurkundung zu finden. So enthielt das preußische FGG von 1899³⁰ eine Regelung, wonach das Amtsgericht außerhalb eines anhängigen Verfahrens Zeugen oder Sachverständige zwecks Beweissicherung vernehmen kann³¹. Diese Regelungen wurden nach dem Zweiten Weltkrieg in einige Landesgesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit übernommen. Nach deren Beseitigung im Rahmen von § 60 BeurkG sieht heute nur noch § 164 FGG eine gerichtliche Beweissicherung vor, die ohne Bezug auf ein bestimmtes Verfahren und notfalls auch ohne Gegner durchgeführt werden kann.

Aber auch in der Zivilprozeßordnung hielt eine solche Beweissicherung ohne Beteiligung des Gegners Einzug. Bereits in den Vorentwürfen Sachsens³², Hannovers³³ und Preußens³⁴ zur damaligen CPO war die Möglichkeit vorgesehen, daß ein Beweisverfahren auch ohne einen Gegner stattfinden kann. Von diesen Regelungen ist in der heutigen ZPO das Beweisverfahren gegen Unbekannt geblieben³⁵. Nach § 487 Nr. 1 ZPO muß der Antrag auf Beweissicherung den Gegner bezeichnen. Nach § 494 Abs. 1 ZPO ist jedoch eine solche Bezeichnung nicht notwendig, wenn der Beweisführer glaubhaft machen kann, daß er ohne sein Verschulden zur Bezeichnung eines Gegners nicht in der Lage ist. Wie sich aus den Protokollen der Kommission aus dem Jahre 1863 ergibt³⁶, herrschte bei den Abgeordneten die Ansicht, daß es sich bei der Beweisaufnahme gegen Unbekannt um einen Fall außerstreitiger, freiwilliger Gerichtsbarkeit handele. Es gehe hier um »ein bloßes Anrufen eines öffentlichen Beamten zur Vermittlung der Beweisaufnahme«³⁷. Teilweise wurde daraus abgeleitet, daß sich eine solche Form der Beweissicherung nicht »zur Aufnahme in eine allgemeine Prozeßordnung eigne«³⁸. Schließlich wurde die Regelung doch noch in die Zivilprozeßordnung aufgenommen, da dies

30 Preußisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. 9. 1899, GS 1899 Nr. 10114, S. 249.

31 Art. 31 und 52 S. 2.

32 §§ 496, 499.

33 Entwurf 1. Lesung § 408.

34 § 832.

35 Dieses Verfahren kann durchaus in die Nähe des Aufgebotsverfahrens gerückt werden; so bereits die Motive zu §§ 429–436 CPO, abgedruckt in *Hahn* (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zur Zivilprozeßordnung, Erste Abtheilung, Berlin 1881, S. 343. Auch das Aufgebotsverfahren wird heute als Teil der freiwilligen, nichtstreitigen Gerichtsbarkeit angesehen; s. LG Frankenthal, Rpfleger 1983, 413; *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1981, 331.

36 Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Hannover 1863, Sitzung 131 vom 28. 9. 1863, S. 2085 ff.

37 Protocolle (Fn. 36), S. 2107.

38 Protocolle (Fn. 36), S. 2106.

»trotz ihrer inneren Verschiedenheit ... dem richtigen Verständnisse Eintrag thun« könne³⁹.

Im Ergebnis ist das Beweisverfahren gegen Unbekannt von seiner historischen Entwicklung her nicht als Teil der streitigen Gerichtsbarkeit einzuordnen. Der Gesetzgeber hat diese Tradition aus praktischen Gründen in die ZPO aufgenommen, ging aber davon aus, daß es sich im Sinne der damaligen Terminologie⁴⁰ um freiwillige Gerichtsbarkeit handele. Damit ist auch entschieden, daß das Verfahren gegen Unbekannt nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als rechtsstreitähnlich anzusehen ist. Eine analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften würde diesen Tatsachen nicht Rechnung tragen und Lücken schließen, die der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen hat.

Es besteht im übrigen auch kein Grund, am Sinn dieser gesetzgeberischen Entscheidung zu zweifeln. Bei einem Beweisverfahren gegen Unbekannt handelt es sich um eine Einmannveranstaltung, der jeder kontradiktorische Charakter und jede Bindung an einen späteren Prozeß fehlt. In einem solchen Fall ist eine analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften nicht geboten. Streitverkündung setzt voraus, daß eine Partei gegen eine bestimmte andere Partei einen bestimmten Anspruch erhebt, die Feststellung oder Durchsetzung dieses Anspruchs aktiv betreibt. Dementsprechend beinhaltet die Streitverkündung die Aufforderung an den Dritten, einer der beiden Parteien unterstützend im Verfahren zur Seite zu stehen. Kann aber ein Gegner nicht bezeichnet werden, so fehlt es an dem für die Streitverkündung typischen Dreiecksverhältnis.

Wenn im Ausgangsfall ein Baumangel ausnahmsweise entweder durch einen unbekannt oder einen anderen identifizierbaren Unternehmer verursacht worden ist⁴¹, ist es dem Bauherrn zuzumuten, daß er seinen Antrag auf Eröffnung des Beweisverfahrens nicht nur gegen den unbekannten Gegner richtet. Er kann zumindest zusätzlich ein Verfahren gegen den bekannten Gegner richten, ohne ihn durch Streitverkündung in das Verfahren mit dem unbekanntem Gegner hineinziehen zu müssen. Bei einem unbekanntem und weiteren bekannten Gegnern ist der Antragsteller folglich in der Lage, statt der Streitverkündung Beweisverfahren

39 *Protocolle* (Fn. 36), S. 2107. Anders allerdings die Motive zu §§ 429–436 CPO (Fn. 35), S. 343, die auch das Verfahren gegen Unbekannt als »Theil des bevorstehenden Hauptprozesses« bezeichnen.

40 Der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit war im 19. Jahrhundert bezogen auf bestimmte Formen gerichtlicher Rechtsfürsorge, die nicht in eine Streitentscheidung mündete. Vorbild war vor allem das Vormundschaftswesen. Man sprach insofern auch von »außerstreitigen Verfahren« oder »Rechtspolizei«; s. hierzu die Nachweise bei *Baur*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955, Vorbem. S. 2.

41 Zur Anwendung der Streitverkündungsvorschriften in solchen Fällen alternativer Gewährleistungspflicht s. BGHZ 65, 127; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozeßrecht*, 15. Aufl., München 1993, § 51 II 3 b (S. 275).

gegen alle Beteiligten zu beantragen. Eine entsprechende Anwendung der Streitverkündungsvorschriften ist demgegenüber nicht notwendig.

2. Beweissicherung als vorweggenommenes Hauptverfahren

Neben der Beweissicherung »zum ewigen Gedächtnis« besteht bis heute eine weitere Art außerprozessualer Beweisaufnahme, die deutlich rechtsstreitähnlichen Charakter trägt und für die sich eine analoge Anwendung der Streitverkündungsvorschriften geradezu anbietet. Diese prozeßbezogene Beweissicherung wurde im kanonischen Recht des Mittelalters entwickelt⁴². Nach einem Dekret von Papst Innozenz III. aus dem Jahre 1215 war die Beweissicherung nur bei drohendem Verlust der Beweismittel zugelassen⁴³. Voraussetzung war, daß der Gegner hinreichend bezeichnet und an dem Verfahren beteiligt wurde. Ferner galt die Beweissicherung nur als zulässig, wenn binnen Jahresfrist Klage erhoben wurde (»si actor ... convenit adversarium intra annum«). Dieser Pfad wurde ab dem 16. Jahrhundert genauso wie der andere Traditionsstrang als Beweis zum ewigen Gedächtnis bezeichnet⁴⁴. Dabei erweist sich schon der Begriff als irreführend. Denn durch den Zwang zur Klageerhebung war die Beweissicherung nicht auf ein ewiges, sondern auf ein parteibezogenes Gedächtnis gerichtet, das zudem binnen Jahresfrist in einen Prozeß eingeführt werden mußte.

Die Bindung an den Hauptprozeß wurde in der Folgezeit verstärkt. Im Reichsdeputationsabschied aus dem Jahre 1600 wird die »bisherige Praxis der Beweisbeurkundung ohne konkretes Verfahren ausdrücklich bemängelt⁴⁵. Bei der bisherigen Urkundstätigkeit seien »zweifel fürgefallen, ob auff solche blosser narrata, ohne weitere erkündigung, ob und worzu man solches bedürfftig, dasselbe verfolgen zu lassen seyn solle«. Zwecks »verhütung allerhandt darauß entstehenden gefehrlichkeiten« sei eine Beweissicherung nur möglich, wenn man »cinen schein ... für bringe, daß die sach anhengig gemacht, und man des attestatum bedürfftig«.

42 So auch *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers* (Fn. 9), Übers. § 485 Rdnr. 1 (»entstammt dem kanonischen Recht«).

43 c. 5, 2, 6 *Decretum Ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionum*. Mit dem Verweis auf das Erfordernis der Gefahr entschied Innozenz den Glossatorenstreit zwischen Johannes, Hugolinus und Martinus. Ersterer machte die Beweissicherung von dem Erfordernis der Gefahr abhängig; vgl. c. *Ad definitivam sententiam ad c. 1 X ut lite non contest.*

44 Vgl. die Belege im deutschen Rechtswörterbuch (Fn. 39), S. 1336. Ähnlich heute noch OLG Köln, *BauR* 1993, 249.

45 § 28 des Deputationsabschieds. Es wurde der Text verwendet, der im *Corpus iuris iudicarii civilis germanici academicum* (herausgegeben von *Friedrich Bergmann*, Hannover 1819) enthalten ist.

Aus dem kanonischen Recht und dem Kameralprozeß fließt das Institut der prozeßbezogenen Beweissicherung in die Prozeßordnungen der deutschen Staaten ein. Am deutlichsten erkennt man die Zweiteilung der Beweisverfahren in der bereits erwähnten Prozeßordnung für das Königreich Hannover⁴⁶. Dort wird neben der Beweissicherung ohne Beteiligung des Gegners eine Sicherung »unter Mitwirkung des Prozeßgegners« geregelt (§§ 244–249)⁴⁷. Andere Gerichtsordnungen sahen ausschließlich eine Beweissicherung vor, die unter Beteiligung des Gegners stattfand und das eine gerichtliche Beweisaufnahme im Hauptverfahren vorwegnahm. Solche Regelungen fanden sich insbesondere in der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793. Dort wurde die Beweissicherung sogar auf eine Stufe gestellt mit Verfahren vor dem Handelsgericht oder Verfahren wegen Besitzstörung. Der Entwurf der bürgerlichen Prozeßordnung für die preußischen Staaten aus dem Jahre 1842 stellt demgegenüber klar, daß die Beweissicherung »Theil eines schon angestellten, oder erst anzustellenden Prozesses bildet«⁴⁸.

Diese Linie wird im preußischen Entwurf zur CPO von 1864 fortgesetzt⁴⁹. Hier versuchte man sich von den hannoverschen Regelungen abzugrenzen, indem man die Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtnis nur einem bestimmten Gegner gegenüber für zulässig erachtete. Eine andere Regelung würde – wie es in der Entwurfsbegründung hieß – »kaum in die Prozeß-Ordnung gehören, weil die Beweiserhebung in den betreffenden Fällen mehr als eine Handlung der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit sich darstellt«⁵⁰.

Die Regelungen des preußischen Entwurfs von 1864 sind unmittelbar in die heutige Zivilprozeßordnung übernommen worden. Die Zivilprozeßordnung war von Anfang an stark von der Konzeption der prozeßbezogenen Beweissicherung geprägt. Bereits in der Begründung zum Entwurf der CPO wird ausdrücklich das Verfahren als »Theil des bevorstehenden Hauptprozesses«⁵¹ angesehen. Es sei »daher nicht zutreffend«, diese Art der Beweissicherung »in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit« zu verweisen. Dem schloß sich die Rechtsprechung an. So betonte das Reichsgericht in einem Beschluß vom 7. 3. 1888⁵², daß die Beweissicherung als »eine antecipirte Beweisaufnahme . . . am engsten Zusammenhange mit

dem Hauptverfahren« stehe. Sie diene »gleich der Beweisaufnahme des Hauptverfahrens, der sie sich im Falle der Benutzung einfügt, mit zur Verfolgung der Ansprüche des Klägers, bezw. zur Rechtsvertheidigung des Beklagten«⁵³. Dementsprechend betont die ZPO mehrfach die kontradiktorische Ausrichtung des Beweisverfahrens. Das Gesetz spricht nicht von »Beteiligten«, sondern von »einer Partei« und ihrem »Gegner«. Die Nähe zum Rechtsstreit wird auch dort betont, wo hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts zwischen dem anhängigen Rechtsstreit und dem Fall unterschieden wird, daß »der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist«. Ferner muß der Antragsteller in seinem Antrag den Gegner bezeichnen. Dieser Gegner ist regelmäßig so zeitig zu laden, daß er im Termin der Beweisaufnahme seine Rechte wahrnehmen kann.

Diese Annäherung der Beweissicherung an das Hauptverfahren ist im Rahmen des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes noch verstärkt worden. § 493 Abs. 1 ZPO sieht nun vor, daß das Ergebnis eines selbständigen Beweisverfahrens einer Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht gleichsteht. Dabei darf das Ergebnis in einem späteren Prozeß nur verwendet werden, wenn der Gegner rechtzeitig geladen war. Im Gesetzentwurf wird auf die Gefahr hingewiesen, daß eine vorprozessuale Beweiserhebung »leicht auf eine Ausforschung mit gerichtlichen Mitteln hinauslaufen« könne⁵⁴. Daher ist in § 485 Abs. 2 verankert, daß das Vorliegen eines rechtlichen Interesses in der Regel bejaht werden kann, wenn die Beweisaufnahme geeignet ist, einen Streit zwischen konkreten Parteien beizulegen. Ausdrücklich heißt es hierzu in der Begründung: »Der Gegner eines etwaigen Anspruchs muß feststehen.« Auch der eingangs erwähnte Bericht des Rechtsausschusses zeigt, daß der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes von der rechtsstreitähnlichen Ausgestaltung des Beweisverfahrens ausging.

Die geschichtliche Entwicklung legt also den Schluß nahe, daß das selbständige Beweisverfahren grundsätzlich als rechtsstreitähnlich anzusehen ist. Diese Art der Beweissicherung ist schon von ihrer Tradition her kontradiktorisch ausgelegt und auf einen konkreten Prozeß bezogen. Von daher war es vom Prozeßrechtsgesetzgeber sicherlich nicht gewollt, daß die Streitverkündungsvorschriften keine entsprechende Anwendung auf das Beweisverfahren finden. Vielmehr hat der Rechtsausschuß bei der Diskussion um das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz das Meinungsbild vorhergehender Jahrhunderte gut zusammengefaßt, als er die »wünschenswerte Möglichkeit der Beteiligung Dritter« an Beweisverfahren ansprach.

Eine solche Beteiligung Dritter am Beweisverfahren entspricht auch der Interessenlage bei der Streitverkündung. Nach richtiger Auffassung⁵⁵ soll die regreßbe-

46 Zit. nach dem vom Gerbard J. Dahmanns herausgegebenen Neudruck, Aalen 1971.

47 Grundlage war § 175 der Allgemeinen Bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 4. 12. 1847.

48 Vgl. hierzu auch die Begründung zum Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung, Hannover 1842, S. 380.

49 Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, Berlin 1864.

50 Entwurf (Fn. 49), S. 207.

51 Motive (Fn. 35), S. 343. Ähnlich Protokolle der Kommission. Erste Lesung, 17. Sitzung vom 14. 5. 1875, S. 677.

52 Gruchot 32 (1888), 1168 f.

53 Gruchot 32 (1888), 1169.

54 BT-Drucks. 11/3621, S. 42.

55 Vgl. zu den verschiedenen Theorien zur Begründung der Streitverkündung Fibner, Streitverkündung (Fn. 9), S. 26 ff., und Lüke, Die Beteiligung Dritter am Zivilprozeß: eine rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiven Verfahrenskonzentration, Tübingen 1993, S. 37 ff. m. w. N.

rechtigte oder regreßverpflichtete Partei durch die Streitverkündung vor dem »Prozeßfeststellungsrisiko des Folgeprozesses«⁵⁶ geschützt werden. Denn der Streitverkündung liegt eine Situation zugrunde, bei der eine Partei wegen eines einheitlichen Vorgangs gezwungen ist, zwei Prozesse zu führen. Dabei ist der erste Prozeß mit dem zweiten dergestalt verbunden, daß der Streitverkündende wegen des negativen Ausgangs des ersten Verfahrens einen Regreßanspruch gegenüber einem Dritten hat. Die Streitverkündung bewahrt die eine Partei davor, den ersten Prozeß und dann auch (aufgrund unterschiedlicher Beurteilung des Tatbestands) den Regreßprozeß zu verlieren. Zu Recht hat bereits Häsemeyer⁵⁷ darauf hingewiesen, daß die Streitverkündung die Alternativität gleichwertiger Rechtsverhältnisse prozessual sichern will⁵⁸.

Die mit der Streitverkündung geregelte Situation ähnelt der des Generalunternehmers im Beweisverfahren. Er ist Partei des Verfahrens und als solche an die Ergebnisse der Beweisaufnahme gebunden. Führt er ein eigenes Beweisverfahren im Verhältnis zum Subunternehmer durch, kommt es schnell zu divergierenden Ergebnissen. Die Beweismittel können im zweiten Verfahren bereits nicht mehr zugänglich sein; der Beweiswert kann sich wegen der zeitlichen Verzögerung verändert haben. Auch die Beweisaufnahme kann im zweiten Verfahren anders ausfallen als im ersten. Daher steckt der Generalunternehmer in der eingangs erwähnten Zwickmühle; er gerät zwischen die beiden Beweisverfahren und muß befürchten, daß Beweisaufnahme und Beweiswert unterschiedlich ausfallen. Folglich liegt im Beweisverfahren die für die Streitverkündung typische Notsituation vor, die eine analoge Anwendung der Vorschriften auf das Beweisverfahren rechtfertigt.

Ist eine Streitverkündung unzulässig, so wäre der Subunternehmer in einer ungewollt vorteilhaften Lage. Wird ihm im Hauptprozeß der Streit verkündet, könnte er dennoch im Folgeprozeß den Einwand erheben, der Generalunternehmer habe das Beweisverfahren mangelhaft geführt⁵⁹. Dies würde aber der Tatsache widersprechen, daß die selbständige Beweiserhebung nach § 493 ZPO einer Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht gleichsteht. Dieses Gleichstellungsgebot muß dazu führen, daß auch die Interventionswirkung einer Streitverkündung hinsichtlich des Hauptprozesses und der vorgezogenen Beweisaufnahme in gleicher Weise eintritt.

Eine Streitverkündung ist folglich im selbständigen Beweisverfahren zulässig, sofern der Gegner bezeichnet worden ist. Im Ausgangsfall kann der Generalunter-

56 Martens, ZZP 85 (1972), 77, 90.

57 Häsemeyer, ZZP 84 (1971), 179, 184 f.

58 Ähnlich auch Peter Wilhelm Schäfer, Nebenintervention und Streitverkündung. Von den römischen Quellen bis hin zum modernen Zivilprozeßrecht, Köln 1990, S. 140 f.

59 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fn. 18), § 492 Anm. 1; Eibner, Streitverkündung (Fn. 9), S. 39; Wussow, NJW 1969, 1401, 1406.

nehmer im Beweisverfahren mit dem Bauherrn dem Subunternehmer den Streit verkünden. Dies hat zur Folge, daß der Subunternehmer in dem Folgeprozeß nicht mehr mit dem Einwand gehört werden kann, das Beweisverfahren sei mangelhaft durchgeführt worden⁶⁰.

III. Gegenargumente

Wie eingangs erwähnt, ist die Frage der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren nicht unumstritten. Daher sind abschließend auch die Argumente der Kritiker zu würdigen.

Teilweise wird eine Analogie für unnötig erachtet, da der Betroffene neben dem ersten Beweisverfahren ein selbständiges Verfahren eröffnen könne⁶¹. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Wenn der Betroffene ein weiteres Beweisverfahren beantragt, läßt sich dieses nicht gem. § 147 ZPO mit dem ersten Verfahren verbinden⁶². § 147 ZPO setzt mehrere bei einem Gericht anhängige Prozesse voraus. Es kommt daher nur bei Erkenntnisverfahren, nicht aber bei sonstigen Verfahren in Betracht⁶³. Es käme also allenfalls eine analoge Anwendung des § 147 ZPO in Betracht, aufgrund derer eine Vorschrift für streitige Verfahren auch auf sonstige Verfahrensarten Geltung findet. Gerade ein solcher Analogieschluß wird von der Auffassung bei §§ 68 ff. ZPO gerade abgelehnt. Es wäre inkonsequent, wenn sie einen solchen Schluß bei § 147 ZPO wieder zuließe.

Selbst wenn die herrschende Meinung diesen Widerspruch zuließe, scheidet eine analoge Anwendung von § 147 ZPO aus. Zunächst ist zu beachten, daß die Verbindung den Zweck haben muß, eine gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung herbeizuführen. Die Verbindung von Beweisverfahren dient aber dem Zweck der Beweisaufnahme; eine gemeinsame Entscheidung steht nicht im Vordergrund. Eine Verbindung zwecks Beweisaufnahme ist jedoch nicht von § 147 ZPO gedeckt⁶⁴.

60 Eine Ausnahme soll allerdings dann gelten, wenn dem Beweisverfahren kein Hauptprozeß folgt. Leiste der Generalunternehmer aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens freiwillig Schadensersatz an den Bauherrn, verzichte er bewußt auf die Interventionswirkung. Die Lage sei dem Fall vergleichbar, daß der Generalunternehmer im Hauptverfahren nach Durchführung der Beweisaufnahme einen Vergleich abschließe. Diese Einschränkung wird insbesondere von Lammenett, Nebenintervention (Fn. 9), S. 109, sowie (ihm folgend) Eibner, Streitverkündung (Fn. 9) S. 26 ff., und ders., JurBüro 1988, 149, 153 ff., vertreten. Diese Interpretation ist m. E. jedoch zweifelhaft. Es ist nicht einzusehen, warum der Subunternehmer etwa von einer Klagertücknahme profitieren soll, die der Bauherr im Verhältnis zum Generalunternehmer erklärt hat.

61 Stein/Jonas/Bork (Fn. 18), § 72 Rdnr. 10 b; Kroppen u. a. (Fn. 9), S. 385. Ähnlich OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216.

62 Vgl. OLG Köln, VersR 1973, 285; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216.

63 Vgl. OLG Hamm, RPfleger 1980, 349.

64 OLG Köln, VersR 1973, 285.

Diese Vorschrift setzt weiter voraus, daß die bisherigen Verfahren alle bei demselben Gericht anhängig sind⁶⁵. Es ist aber nicht gesagt, daß die Beweisverfahren gegen General- und Subunternehmer bei einem Gericht anhängig sind. Nach § 486 Abs. 2 ZPO ist für das Beweisverfahren bei noch nicht anhängigen Rechtsstreiten das Gericht zuständig, das nach dem Vortrag des Antragstellers zur Entscheidung in der Hauptsache berufen wäre. Dies wird regelmäßig der Wohnsitz des General- oder Subunternehmers sein. Fallen beide Wohnsitze auseinander, sind unterschiedliche Gerichte mit dem Beweisverfahren befaßt. Etwas anderes käme nur in Fällen dringender Gefahr in Betracht, da dann nach § 486 Abs. 3 ZPO das Gericht am Ort der zu begutachtenden Sache, d. h. hier das Gericht am Ort der Baustelle, zuständig ist.

Das OLG Saarbrücken⁶⁶ hat darüber hinaus eine analoge Anwendung des § 72 ZPO mit der Begründung abgelehnt, daß der Betroffene ja die Möglichkeit habe, den Dritten mittels Widerklage an dem Rechtsstreit zu beteiligen⁶⁷. Ob eine solche Drittwiderklage zulässig ist, ist allerdings streitig⁶⁸. Die Argumentation ist aber selbst dann abzulehnen, wenn man mit dem BGH⁶⁹ eine solche Klage als nach § 263 ZPO sachdienliche Klageänderung ansieht. Denn der BGH verlangte bislang in allen Fällen, daß die Widerklage gegen Kläger und Dritten gerichtet sein muß⁷⁰. Nur in Fällen einer subjektiven, sachdienlichen Klagehäufung hat der BGH eine Drittwiderklage zugelassen.

Schließlich vertritt *Postelt*⁷¹ die Auffassung, daß eine Analogie wegen bestehender Nebenpflichten unnötig sei. So soll der Nachunternehmer aufgrund des Gesichtspunktes der Leistungstreue sowie bestehender Aufklärungspflichten zur Unterstützung des Generalunternehmers im Beweissicherungsverfahren des Bauherrn verpflichtet sein. Ob diese Argumentation materiellrechtlich zutreffend ist, soll hier dahinstehen. Jedenfalls besagt das Bestehen materieller Unterstützungspflichten noch nichts darüber aus, wie diese Pflichten prozessual umgesetzt und

65 Vgl. BPatG, GRUR 1981, 347; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (Fn. 18), § 147 ZPO Anm. 1 B b.

66 OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216.

67 Das OLG beruft sich insoweit auf BGH, NJW 1975, 1228, und BGH, NJW 1987, 3138.

68 Siehe *Greger*, ZJP 88 (1975), 454; *Nieder*, ZJP 85 (1972), 437. Vgl. zum Meinungsstand *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (Fn. 18), Anh. § 253 Rdnr. 5; *Thomas/Putzo* (Fn. 18), § 253 Anm. 3 c.

69 BGHZ 40, 185, 187 ff. = NJW 1964, 44; BGH, NJW 1966, 1028; 1975, 1228, 1229; NJW 1981, 2642; NJW 1987, 3138, 3139. Kritisch insoweit *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 98 II 4 (S. 556).

70 BGH, NJW 1987, 3138, 3139; NJW 1975, 1228, 1229; BGHZ 40, 185, 187 ff. Anders nur I.G. Hannover, NJW 1988, 1601, das eine isolierte Widerklage gegen den Zedenten zuließ.

71 BauR 1980, 33, 35.

erfüllt werden können. Aus dem Gesichtspunkt der Unterstützungspflicht mag sich eine Pflicht ableiten lassen, dem Verfahren als Nebenintervenient beizutreten. Ob und wann ein solcher Beitritt zulässig ist, bestimmt sich jedoch allein nach prozessrechtlichen Gesichtspunkten.

IV. Konsequenzen

Eine Streitverkündung ist folglich im selbständigen Beweisverfahren zulässig, sofern es sich nicht um ein Verfahren gegen Unbekannt handelt. Dieses Ergebnis hat weitreichende Konsequenzen, etwa für die Frage der Verjährungsunterbrechung. Bei Baumängeln bewirkt bereits die Einreichung des Beweisantrages eine Verjährungsunterbrechung für kauf- und werkvertragliche Gewährleistungsrechte (§§ 477 Abs. 2, 480 Abs. 1, 639 Abs. 1 BGB). Diese Wirkung tritt jedoch nur im Verhältnis von Generalunternehmer und Bauherrn als den beiden Parteien des Bauvertrages ein. Soweit es um die Einbeziehung der Subunternehmer geht, stellt sich die Frage der Verjährung bei Zulassung einer Streitverkündung im Beweisverfahren neu. Nach § 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB steht im Hinblick auf die Verjährungsunterbrechung der Erhebung der Klage die Streitverkündung in dem Prozesse gleich, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt. Die Vorschrift stellt ausdrücklich auf die Streitverkündung in einem »Prozeß« ab, »von dessen Ausgang der Anspruch abhängig ist«. Sieht man das Beweisverfahren nicht als rechtsstreitähnlich an, so scheidet eine Verjährungsunterbrechung mangels Zulässigkeit der Streitverkündung aus⁷². Auch die Befürworter einer Streitverkündung müssen sich der Frage stellen, ob vom Beweisverfahren der Anspruch abhängig ist. Eine Interventionswirkung hätte jedoch wenig Sinn, wenn der Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung während der Dauer des Verfahrens, in dem der Streit verkündet wurde, verjähren würde. Daher kann sich die mit einem Beweisverfahren verbundene Verjährungsunterbrechung im Fall einer zulässigen Streitverkündung auch auf Dritte erstrecken. Eine Ausnahme gilt wiederum für den Fall, daß ein konkreter Gegner nicht bezeichnet worden ist. Für einen solchen Fall hat der BGH in seinem Urteil vom 13. 3. 1980⁷³ bereits erklärt, daß ein Beweissicherungsantrag gegen Unbekannt nicht die Verjährung unterbreche.

Die Einstufung des Beweisverfahrens als rechtsstreitähnlich hat weitere prozessuale Folgen. Die Rechtsvorschriften, die auf einen »Rechtsstreit« abstellen, kommen auch für Beweisverfahren entsprechend zu Anwendung. Dies gilt vor allem für die Prozeßkostenhilfe. Hier waren sich die Gerichte schon seit langem einig, daß der Antragsteller im Beweisverfahren Prozeßkostenhilfe erhalten kann⁷⁴.

72 So OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1216.

73 NJW 1980, 1458.

74 Vgl. BGHZ 20, 15; OLG Düsseldorf, NJW 1972, 296; MDR 1983, 246; I.G. Frankfurt, MDR 1985, 149; weitere Nachweise bei *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (Fn. 18), Übers. § 485 Rdnr. 5; *Zöller/Stephan* (Fn. 18), § 490 Rdnr. 5.

Auch die Vorschriften für die Klagerücknahme galten stets als im Beweisverfahren entsprechend anwendbar. Gleiches gilt für die Ladung der Beteiligten oder die Ablehnung eines Sachverständigen. Im Ergebnis wird nur die Einstufung der Beweisverfahren als rechtsstreitähnlich dem Phänomen gerecht, daß auf diese Verfahrensart schon seit längerem die Regelungen der ZPO zum Streitverfahren analog angewendet worden sind.

Das selbständige Beweisverfahren ist im Ergebnis ein rechtsstreitähnliches, kontradiktorisches Verfahren, auf das die Vorschriften der ZPO entsprechend zur Anwendung kommen. Eine Ausnahme gilt nur bei einem Beweisverfahren gegen Unbekannt, dem der Charakter eines Rechtsstreits fehlt.

Diese Einordnung des Beweisverfahrens in das System der ZPO gewährleistet, daß die Beweissicherung im Sinne von § 493 Abs. 1 ZPO wirklich der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht gleichsteht. Diese Gleichstellung ist von zentraler Bedeutung, um die Parteien vor dem Verlust ihrer Beweismittel zu schützen. Wie der berühmte Prozeßrechtler *Gesterding* bereits 1827 erklärte, ist ein effektiver Schutz der Beweismittel vor Verfall für das Prozeßrecht von zentraler Bedeutung. Denn – so *Gesterding* – »das Leben ist, gleich einem Precarium, der Dauer nach ungewiß, indem es die Natur sich vorbehalten hat, ihre Gabe jeden Augenblick zurückzufordern«⁷⁵.

75 *F. C. Gesterding*, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Zweiter Theil, Greifswald 1827, S. 333.