

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

PatG §§ 13, 37 Abs. 1, 40 Abs. 1

S c h r a u b e n n a h t r o h r

Zum Rechtsschutzbedürfnis für eine Nichtigkeitsklage
gegen ein bei Klageerhebung bereits erloschenes Patent.

BGH, Urt. v. 26. Juni 1973 - X ZR 23/71 - Bundespatentgericht

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 23/71

URTEIL

Verkündet am
26. Juni 1973
Schwingen,
Amtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in der Patentnichtigkeitssache

des Herrn Alexander K[REDACTED], Ha[REDACTED], Pa[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED],
Dr. [REDACTED], [REDACTED],

gegen

die Firma A[REDACTED] T[REDACTED]-H[REDACTED] AG, vertreten durch ihren
Vorstand, dieser vertreten durch seine Mitglieder Dr. Sp[REDACTED]-
[REDACTED] und Dr. B[REDACTED], Dü[REDACTED],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

betreffend das Patent [REDACTED]

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1973 durch die Richter Ballhaus, Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Häußner

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des 1. Senats (Nichtigkeitssenats I) des Bundespatentgerichts vom 8. Dezember 1970 aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen und die Kosten dem Kläger auferlegt worden sind.

Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufung, an das Bundespatentgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte war Inhaberin des deutschen Patents [REDACTED] (Streitpatents), das vor Erhebung der vorliegenden Nichtigkeitsklage infolge Zeitablaufs erloschen ist. Ihre Gesamtrechtsvorgängerin schrieb dem Kläger am 9. September 1959 wie folgt:

"Betr.: Unser deutsches Patent Nr. [REDACTED]
"Verfahren und Vorrichtung zu Herstellung von Rohren mit schraubenförmiger Naht"

Sehr geehrte Herren!

Wir erlauben uns, Sie auf unser vorstehendes Patent aufmerksam zu machen, das wir als Ausschlußrecht zu respektieren bitten."



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Der Kläger hat vorgetragen, dieses Schreiben habe eine ungerechtfertigte Verwarnung dargestellt, wodurch ihm die Beklagte schuldhaft Schaden zugefügt habe. Zur Durchführung der Schadensersatzklage bedürfe es der nachträglichen Nichtigerklärung des erloschenen Streitpatents. Im Hinblick auf den Stand der Technik habe diesem Patent die Erfindungshöhe gefehlt, was der Beklagten bekannt gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt,

das Patent [REDACTED] [REDACTED] für nichtig zu erklären.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in GRUR 1965, 231 ff - Zierfalten - die Auffassung vertreten, daß dem Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung der Nichtigkeitsklage nicht zur Seite stehe. Dieser habe auch nichts für die Begründetheit des von ihm behaupteten Schadensersatzanspruchs dargetan. Im übrigen hat die Beklagte der Nichtigerklärung widersprochen.

Das Bundespatentgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, da der Kläger sein Rechtsschutzbedürfnis an der Durchführung dieses Nichtigkeitsverfahrens nicht glaubhaft gemacht habe. Er werde, so hat es im einzelnen ausgeführt, von der Beklagten nicht wegen Patentverletzung in Anspruch genommen. Damit sei auch nicht mehr zu rechnen. Soweit der Kläger beabsichtige, gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche

wegen rechtswidriger schuldhafter Verwarnung geltend zu machen, habe er nicht glaubhaft gemacht, daß nach seinem Vortrag unter Berücksichtigung der Entgegnung der Beklagten und des unstreitigen Sachverhalts die Schadensersatzklage nicht aussichtslos erscheine. Die bloße Tatsache einer früheren Verwarnung könne dem Verwarnten nicht die Durchführung einer Nichtigkeitsklage gegen das erloschene Patent ermöglichen, da sich das nicht mit dem Grundsatz vereinbaren ließe, daß in einem solchen Falle ein "besonderes, eigenes Rechtsschutzinteresse" des Klägers gefordert werden müsse. Die Nachprüfung dieses Rechtsschutzinteresses müsse sich ähnlich etwa wie bei der Prüfung einer Patentanmeldung nach § 28 PatG auf die Frage richten, ob die in Aussicht genommene Schadensersatzklage offensichtlich unbegründet wäre. Das Bundespatentgericht ist nach Prüfung der Erfolgsaussicht der beabsichtigten Schadensersatzklage des Klägers gegen die Beklagte zu dem Ergebnis gelangt, daß diese bei der Verwarnung nicht schuldhaft gehandelt habe. Aus diesem Grunde hat es die Schadensersatzansprüche des Klägers als aussichtslos beurteilt und dessen Rechtsschutzinteresse an der Durchführung dieser Nichtigkeitsklage verneint.

Mit der Berufung macht der Kläger geltend, das Bundespatentgericht habe die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Rechtsschutzinteresses rechtsfehlerhaft überspannt und eine Kompetenz in Anspruch genommen, die dem Richter des Schadensersatzprozesses, nicht aber dem Richter des Bundespatentgerichts als Spezialgericht für das Nichtigkeitsverfahren zukomme.

Der Kläger hat vor dem Landgericht Hamburg unter dem Aktenzeichen 15 O 732/71 die Schadensersatzklage gegen die Beklagte erhoben. Die Verhandlung ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Nichtigkeits-

verfahrens ausgesetzt. Das Oberlandesgericht hat die Aussetzung bestätigt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Nichtigkeitssenats aufzuheben und das deutsche Patent [REDACTED] für nichtig zu erklären;

hilfsweise,

unter Aufhebung des Urteils des Nichtigkeitssenats vom 8. Dezember 1970 die Sache an das Bundespatentgericht zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt den Rechtsausführungen des Klägers entgegen und beantragt, Beweis darüber zu erheben, daß der Kläger, der in einem früheren Nichtigkeitsverfahren der dortigen Klägerin als Nebenintervenient beigetreten war, Beteiligter des Vergleichs zwischen ihr und der Firma Ar [REDACTED] Dr. Ing. M [REDACTED]-Wi [REDACTED] vom Februar 1969 und mit dem Vergleich einverstanden gewesen sei, und daß mit diesem Vergleich die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche wegen des Schreibens vom 9. September 1959 abgegolten sein sollten, durch Vernehmung des Dr. N [REDACTED] von der Firma Dr. Ing. M [REDACTED]-Wi [REDACTED] als Zeugen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Bundespatentgericht.

I. Die Zivilprozeßordnung, die im Patentnichtigkeitsverfahren ergänzend heranzuziehen ist (§ 41 o PatG), geht davon aus, daß jedem Rechtssuchenden umfassender Rechtsschutz zu **gewähren** ist, der behauptet, in seinen Rechten irgendwie beeinträchtigt zu sein, sei es auch nur, daß ihm eine solche Beeinträchtigung ernsthaft droht (vgl. BVerfGE 3, 359, 364; 10, 302, 306; BGHZ 37, 113, 120, 121; Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 253 Anm. III, 1 und § 256 Anm. III). Jede Rechtsverfolgung bedarf aber als besondere Prozeßvoraussetzung eines Rechtsschutzbedürfnisses (RGZ 155, 75; BGH GRUR 1965, 231, 233 - Zierfalten; Stein/Jonas, aaO § 253 Anm. III, 4, 5; Baumbach/Lauterbach, ZPO 31. Aufl. § 253 Grundz. Anm. 5 B), denn niemand soll den Anspruch gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz unnütz oder gar aus unlauteren Gründen geltend machen und ein gesetzliches Verfahren zur Verfolgung zweckwidriger und insoweit nicht schutzwürdiger Ziele ausnutzen (vgl. BGHZ 54, 181, 184 - Fungizid).

Auszugehen ist von der großzügigen Gewährung von Rechtsschutz (vgl. Baumbach/Lauterbach, aaO § 256 Anm. 3 B). Strenge Anforderungen und kleinliche Prüfung der Frage, ob ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt, würden den Anspruch des Rechtssuchenden auf staatlichen Rechtsschutz beschränken. Nur einer offensichtlich nicht schutzwürdigen Rechtsverfolgung, wie beispielsweise dem Scheinprozeß, dem zur Erlangung einer theoretischen Rechtsauskunft angestregten Verfahren oder dem schikanösen und rechtsmißbräuchlichen prozessualen Vorgehen, ist das Bedürfnis nach Rechtsschutz abzusprechen, nicht jedoch schon einer mutwilligen oder absichtslosen Rechtsverfolgung (vgl. Stein/Jonas, aaO Vorb. § 253 Anm. III, 4 c m.w.N.).

Da das Rechtsschutzbedürfnis Prozeßvoraussetzung ist, kann es auch nicht mit Überlegungen verneint werden, die in den Bereich der sachlichen Begründetheit einer Klage gehören (BGH GRUR 1960, 384, 386). Die Verhandlung und Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung hat mit der Sachentscheidung nichts zu tun. Die Frage nach der Erfolgsaussicht der Klage hat daher bei der Beurteilung des rechtlichen Interesses auszuscheiden.

II. 1. Für die Patentnichtigkeitsklage gelten keine anderen Grundsätze. Da diese Klage in den Fällen des § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PatG als Popularklage ausgestaltet ist, rechtfertigt das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung des zu Unrecht erteilten, nicht schutzfähigen Patents ohne weiteres das Rechtsschutzbedürfnis. Der Nichtigkeitskläger braucht ein eigenes Interesse an der Rechtsverfolgung nicht zu besitzen (Benkard, PatG 5. Aufl. § 13 Rdn. 19 m.w.N.). Im Falle des § 13 Abs. 1 Nr. 3 PatG begründet die Verletzung des Erfindungsbesitzes das rechtliche Interesse des Verletzten an der Nichtigerklärung des dem Unberechtigten erteilten Patents.

Das Interesse der Allgemeinheit an der Nichtigerklärung eines Patents besteht aber nur so lange, wie dieses noch wirksam ist. Ist das Patent, wie hier, durch Zeitablauf erloschen, so entfällt das allgemeine Interesse an der Vernichtung des nicht mehr existenten Patents. Ob es während seiner Schutzdauer irgendwelche Rechte Einzelner beeinträchtigt hatte, berührt das Interesse der Allgemeinheit nicht. Wer mit einer solchen Behauptung die Nichtigerklärung eines erloschenen Patents begehrt, kann sich daher nicht mehr auf das Interesse der Allgemeinheit an der Nichtigerklärung berufen. Er muß vielmehr ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis dartun.

Die Rechtsprechung (vgl. **bei Benkard aaO**) hat unter Beachtung der dargelegten Grundsätze für die Gewährung von Rechtsschutz bei einer Nichtigkeitsklage gegen ein erloschenes Patent die bloße Tatsache der Anhängigkeit eines Schadensersatzprozesses zwischen den Parteien dieses Nichtigkeitsverfahrens als ausreichenden Nachweis des Rechtsschutzbedürfnisses erachtet. Sie hat eine Prüfung der Schlüssigkeit oder der Erfolgsaussicht der Schadensersatzklage nicht vorgenommen (vgl. z.B. BGH GRUR 1965, 231, 233 - Zierfalten; 1965, 351, 352 - Korrosionsschutz-Binde).

2. Das Bundespatentgericht ist im angefochtenen Urteil von dieser Rechtsprechung und von den Grundsätzen für die Gewährung von Rechtsschutz abgerückt.

a) Seine Überlegungen begegnen bereits im Ausgangspunkt Bedenken, denn der Nichtigkeitskläger hat nicht die Erfolgsaussicht seiner Schadensersatzklage glaubhaft zu machen, sondern sein Rechtsschutzbedürfnis für die Nichtigkeitsklage. Diesem Erfordernis genügt er bereits, wenn er dartut, daß sich der Ausgang des Nichtigkeitsverfahrens auf seine Rechte auswirken kann und daß die Durchführung dieses Nichtigkeitsverfahrens der Wahrung seiner Rechte dient. Ist, wie hier, eine Schadensersatzklage zwischen den Parteien des Nichtigkeitsverfahrens bereits anhängig, deren Ausgang vom früheren Bestand des angegriffenen erloschenen Patents rechtlich beeinflußt wird, so muß von der Ernsthaftigkeit und damit der Schutzwürdigkeit des Verlangens nach der Nichtigkeitsklärung dieses erloschenen Patents ausgegangen werden. Schlüssigkeit oder Erfolgsaussicht der Schadensersatzklage sind keine das Rechtsschutzbedürfnis begründenden Gesichtspunkte, sondern Erwägungen, die das sachlich-rechtliche Schicksal der

Klage betreffen und daher das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung nicht berühren (vgl. BGH GRUR 1960, 384, 386; Stein/Jonas, aaO Vorb. § 253 Anm. III, 4).

b) Die Prüfung der Erfolgsaussicht der Schadensersatzklage durch den Richter des Nichtigkeitsverfahrens muß auch deswegen unterbleiben, weil das zu einander widersprechenden Entscheidungen führen könnte, wenn dieser die Erfolgsaussicht verneint, der Verletzungsrichter sie aber bejaht, wie es hier geschehen ist. Der Verletzungsrechtsstreit ist bis zur Entscheidung über diese Nichtigkeitsklage ausgesetzt. Der Verletzungsrichter hat damit die Schadensersatzklage des Klägers gegen die Beklagte im Gegensatz zum Bundespatentgericht nicht von vornherein als aussichtslos und den Ausgang des Nichtigkeitsverfahrens als wesentlich für die Durchsetzung der Schadensersatzforderung des Klägers erachtet. Der Richter des Nichtigkeitsverfahrens darf an die Stelle dieser Beurteilung nicht seine eigene setzen.

c) Schließlich ist die Prüfung der Erfolgsaussicht durch das Bundespatentgericht in einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem nicht einmal die Schlüssigkeit der Schadensersatzklage vorzuliegen braucht. Der Kläger hat im Verletzungsstreit die Möglichkeit, seinen Klagevortrag bis zur letzten mündlichen Verhandlung zu ergänzen. Er könnte also auch noch weiteren Beweis für das vom Bundespatentgericht verneinte Verschulden der Beklagten antreten. Die Verneinung der Erfolgsaussicht bereits in diesem frühen Zeitpunkt verkürzt das rechtliche Gehör des Klägers, denn dessen Schadensersatzklage müßte ohne weitere Prüfung abgewiesen werden, wenn die angefochtene Entscheidung des Bundespatentgerichts Bestand haben würde. Da diese vorgreiflich ist (vgl. § 148 ZPO), durfte das Bundespatentgericht aufgrund

des bis dahin vorliegenden Sachverhalts des Schadensersatzprozesses keine zugleich diesen Prozeß endgültig entscheidende Prozeßentscheidung zu einer Zeit treffen, zu der noch nicht abzusehen war, ob dort der Prozeßstoff schon vollständig vorgetragen war und lediglich noch der rechtlichen Beurteilung bedurfte. Es kommt hinzu, daß die Entscheidung über das Verschulden der Wertung durch den Verletzungsrichter obliegt. Der Richter des Bundespatentgerichts durfte sich nicht an dessen Stelle setzen. Der Kläger hat Anspruch darauf, diese Frage von dem Richter entschieden zu erhalten, der nach der Rechtsordnung dafür bestimmt ist (vgl. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; BVerfGE 3, 364).

d) Die analoge Anwendung von § 28 PatG auf die Prüfung einer Prozeßvoraussetzung ist nicht möglich. Wie bereits dargetan worden ist, ist das Rechtsschutzbedürfnis eine besondere Prozeßvoraussetzung. Seine Prüfung kann nicht der einer Patentanmeldung gleichgesetzt werden.

III. 1. Den obigen Ausführungen steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs - Zierfallen - (aaO) nicht entgegen. Auch in ihr wird davon ausgegangen, daß das Rechtsschutzbedürfnis für eine Patentnichtigkeitsklage gegen ein erloschenes Patent ohne weiteres dann bejaht werden muß, wenn eine günstige Entscheidung in dem vom Nichtigkeitskläger beabsichtigten Rechtsstreit auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher und schuldhafter Verwarnung von der Nichtigkeitserklärung des Streitpatents abhängt. Diese Voraussetzung war in jenem Falle aber nicht gegeben, weil der dortige Patentinhaber auf sein Patent und auf Ansprüche aus dem Patent verzichtet hatte, so daß das Rechtsschutzbedürfnis verneint worden

ist. Im Schadensersatzprozeß war dem Nichtigkeitskläger wegen dieses Verzichts die Berufung auf die frühere Wirksamkeit seines Patents durch den Einwand der Arglist abgeschnitten. Der Ausgang des Nichtigkeitsverfahrens war somit ohne Auswirkung auf den Schadensersatzprozeß. Wenn der Bundesgerichtshof darüber hinaus noch Erwägungen dahin angestellt hat, daß der Richter des Schadensersatzprozesses auch im Falle der Nichtigkeitsklärung des Patents im Rahmen der Prüfung des Verschuldens unter Umständen noch ein eigenes Nachprüfungsrecht hinsichtlich des Bestandes des Patents besitze, so bedeutet das nur, daß die patentrechtliche Erheblichkeit von Entgegenhaltungen auch im Rahmen des Verschuldens zu prüfen ist. Die Entscheidung des Bundespatentgerichts über den Bestand des Patents bindet den Verletzungsrichter aber in jedem Falle. Daher hat dessen eigene Prüfungspflicht nichts mit dem Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zu tun, denn dieses wird dadurch nicht überflüssig. Die Nichtigkeitsklärung des Patents kann im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten allein das Bundespatentgericht aussprechen (Art. 96 GG, § 36 b PatG). Insofern besteht kein Unterschied, ob es sich um ein noch bestehendes oder ein nicht mehr wirksames Patent handelt. Die Patenterteilung erfolgt aufgrund eines Verwaltungsaktes. Dieser wird durch den Ablauf des Patents nicht beseitigt; vielmehr entfallen nur die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes für die Zukunft. Um die Wirkungen des Patents auch für die Vergangenheit zu beseitigen, bedarf es der Aufhebung des Verwaltungsaktes. Dazu ist allein das Bundespatentgericht berufen (§§ 36 b, 37 PatG). Die Ansicht der Beklagten, der Verletzungsrichter müsse über den Bestand eines abgelaufenen Patents entscheiden, müßte die Unzulässigkeit jeder Nichtigkeitsklage gegen ein erloschenes

Patent zur Folge haben. Davon ist aber in § 36 b PatG keine Rede. Der Erfolg einer auf den Bestand oder den Nichtbestand eines Patents gegründeten Schadensersatzklage hängt daher vom Ausgang der Nichtigkeitsklage gegen dieses Patent ab. Etwas anderes ist der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen.

2. Der Kläger hat sein Klagerecht aus § 13 PatG nicht verwirkt.

In der Rechtsprechung (BGHZ 43, 292, 293; BARbG NJW 1962, 463) und teilweise in der Literatur (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Lauterbach, aaO Einleitung III, 6 A) ist anerkannt, daß die verspätete Klageerhebung oder Einlegung eines Rechtsmittels einen Verstoß gegen Treu und Glauben (Rechtsmißbrauch) bedeuten kann, der es rechtfertigt, die Klage (vgl. BGHZ 44, 372) oder das Rechtsmittel als unzulässig zu behandeln. Zum Zeitablauf müssen allerdings noch besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich für den Gegner ein selbständiger prozessualer Vertrauensschutz ergibt und das Interesse des Vertrauensschutzes für den Gegner derart überwiegt, daß das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung seines Anspruchs demgegenüber zurücktreten muß (so BARbG aaO). Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß die Klageerhebung oder die Anfechtbarkeit einer Entscheidung nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne nicht mehr zulässig ist, hat in der Gesetzgebung keinen Ausdruck gefunden. Eine solche zeitliche Begrenzung des Klage- oder des Anfechtungsrechts bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Regelung, wie sie für einzelne, hier nicht in Betracht kommende Fälle erfolgt ist (vgl. z. B. § 15 Abs. 2 Satz 2 PatG, §§ 1594 Abs. 1, 1596 Abs. 2, 1598 BGB, §§ 516, 552 ZPO). Die noch im Patentgesetz

vom 5. Mai 1936 für die Klagen aus §§ 13 Nr. 1 PatG und 15 Abs. 1 Satz 1 PatG a.F. vorgeschriebenen Klagefristen sind inzwischen beseitigt.

Es kann dahinstehen, ob die hier verstrichene Zeitspanne zwischen Verwarnung und Erhebung der Nichtigkeitsklage eine Verwirkung des Klagerechts des Klägers rechtfertigen könnte, denn die Beklagte hat darüber hinaus keine Umstände vorgetragen, die sie zu der Überzeugung hätten veranlassen können, daß der Kläger die Nichtigkeitsklärung des Streitpatents nicht mehr verlangen wird. Gegen ein solches Vertrauen spricht die Tatsache, daß der Kläger dem vorausgegangenen Nichtigkeitsverfahren der Firma Ar[REDACTED] Dr. Ing. M[REDACTED]-Wi[REDACTED] gegen das Streitpatent (1 Ni 5/67 Bundespatentgericht) als Streithelfer beigetreten war und acht Monate nach Abschluß eines Vergleichs zwischen jenen Parteien zur Beendigung jenes Nichtigkeitsverfahrens seine vorliegende Nichtigkeitsklage erhoben hat.

3. Die Beklagte hat auch nichts dafür vorgetragen, daß aus anderen Gründen, z. B. wegen einer Nichtangriffsabrede oder wegen anderer vertraglicher Regelungen (vgl. Benkard, aaO § 13 Rdn. 20 und 21) dem Vorgehen des Klägers der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen könnte. Insbesondere gibt der zwischen der Beklagten und der Firma Ar[REDACTED] Dr. Ing. M[REDACTED]-Wi[REDACTED] gemäß deren Schreiben vom 6. Februar 1969 geschlossene Vergleich keinen Anhaltspunkt für eine solche vertragliche Regelung zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits, zumal eine ursprünglich vorgesehene "Pauschalvergütung von 10.000,- DM" für den Kläger nicht vereinbart worden ist.

Aus der zwischen den Parteien jenes Nichtigkeitsverfahrens vereinbarten Erstattung der dem Kläger als

Streithelfer entstandenen Kosten und Auslagen durch die Beklagte kann für sich allein auch nicht gefolgert werden, daß der Kläger auf etwaige (sachlich-rechtliche) Ansprüche gegen die Beklagte aus rechtswidriger und schuldhafter Verwarnung verzichtet hat. Die Behauptung der Beklagten, daß der Kläger an dem Vergleich beteiligt gewesen sei und daß mit dem Vergleich alle Ansprüche wegen des Schreibens vom 9. September 1959 erledigt sein sollten, wird vom Kläger bestritten. Damit steht für den Richter des Nichtigkeitsverfahrens kein Sachverhalt fest, der die Bedeutungslosigkeit des Ausgangs des Nichtigkeitsverfahrens auf die anhängige Schadensersatzklage ergeben könnte. Der von der Beklagten für ihre Behauptung angetretene Beweis ist nicht im Nichtigkeitsverfahren, sondern - soweit dort erforderlich - in dem anhängigen Schadensersatzprozeß zu erheben. Denn die vom Kläger bestrittene Behauptung, daß dieser auf Schadensersatzansprüche verzichtet habe, betrifft nicht die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für die Nichtigkeitsklage, sondern die des Bestehens eines sachlich-rechtlichen Anspruchs, die im Schadensersatzprozeß zu prüfen ist.

IV. Da durch das angefochtene Urteil nur über eine prozessuale Einrede entschieden worden ist, war es nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Zwar ist das Rechtsschutzbedürfnis als prozeßhindernde Einrede in § 274 ZPO nicht aufgeführt. § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist aber nicht auf die Einreden des § 274 ZPO beschränkt. Vielmehr erstreckt er sich auch auf solche Prozeßvoraussetzungen, die von der Rechtsprechung darüber hinaus anerkannt sind (vgl. Baumbach/Lauterbach, aaO § 538 Anm. 3 B), das Gericht erster Instanz nur aus verfahrensrechtlichen Gründen

entschieden hat und von seinem Standpunkt aus überhaupt kein sachliches Urteil fällen konnte (BGHZ 14, 11, 14). Das ist hier der Fall. Der Senat hält es nicht für sachdienlich, von der Zurückverweisung abzusehen und selbst zu entscheiden (§ 540 ZPO). Der Verlust einer Instanz in einem nur mit zwei Instanzen ausgestatteten Verfahren, kann für die Beteiligten nachteilig sein.

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Häußer