

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: ZPO §§ 246, 239, 515 Abs. 3, §§ 566, 567; ArbGG § 72
Abs. 3; BGB §§ 1953, 1958, 1959

Leitsatz:

Betreibt der Ehegatte des in der Revisionsinstanz verstorbenen Klägers als dessen Erbe zunächst das Revisionsverfahren weiter und nimmt er dann die Revision zurück und ergeht danach auf Antrag des Beklagten ein Beschluß, daß der Ehegatte die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen hat (§ 566, § 515 Abs. 3 ZPO), so kann der Ehegatte, der vorher oder danach die Erbschaft ausgeschlagen hat, nicht verlangen, daß der Beschluß geändert und an seiner Stelle die endgültigen Erben als Kostenschuldner in dem Beschluß aufgeführt werden.

Aktenzeichen: 3 AZR 71/72

Beschluß des BAG vom 30. April 1974

LAG Niedersachsen



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



3 AZR 71/72

4 Sa 640/70 Niedersachsen

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts am
30. April 1974 beschlossen:

1. Die Gegenvorstellung der Frau N vom 10. April 1974 gegen den Beschluß des Senats vom 5. März 1973 - 3 AZR 71/72 - wird zurückgewiesen.
2. Die durch die Gegenvorstellung entstandenen Kosten trägt Frau N .



- 2 -

G r ü n d e:

I. 1. Herr N hat die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Rechnungslegung und Auskunft über verdiente Provisionen und auf Zahlung der sich daraus für ihn ergebenden Provisionen in Anspruch genommen. Seine dahingehende Klage blieb in den beiden Vorinstanzen erfolglos.

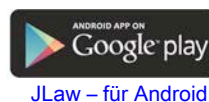
Gegen das am 2. Februar 1972 verkündete Urteil des Landesarbeitsgerichts hat Herr N durch seine Prozeßbevollmächtigten - die Rechtsanwälte Dr. F J , O U , F. J und Dr. A J - am 14. Februar 1972 die nach dem Wert des Streitgegenstandes (52.670,-- DM) statthafte Revision einlegen und diese mit einem am 14. April 1972 eingegangenen Schriftsatz begründen lassen. Die Frist zur Begründung der Revision war bis dahin verlängert worden. Mit Schriftsatz vom 13. April 1972, beim Bundesarbeitsgericht eingegangen am 14. April 1972, hat Herr N durch seine Prozeßbevollmächtigten beantragen lassen, ihm unter Beiordnung von Rechtsanwalt F. J das Armenrecht für das Revisionsverfahren zu bewilligen. Der Senat hat Herrn N das nachgesuchte Armenrecht mit Beschluß vom 30. November 1972 mit der im einzelnen näher ausgeführten Begründung verweigert, die Revision biete keine Aussicht auf Erfolg.

2. Mit einem beim Bundesarbeitsgericht am 6. Dezember 1972 eingegangenen Schriftsatz vom 1. Dezember 1972 teilten die Prozeßbevollmächtigten des Herrn N dem Senat mit, daß Herr N am 7. November 1972 verstorben ist. In dem Schriftsatz heißt es dann wörtlich: "Die Witwe des Verstorbenen, Frau N , beantragt daher, ihr das Armenrecht in diesem Verfahren zu bewilligen.... . Gleichzeitig wird gebeten, den Termin im Dezember beizubehalten. Zu der Frage, ob ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, will sich die Antragstellerin und Witwe des Verstorbenen schlüssig werden, sobald über den Armenrechtsantrag entschieden ist". In der Folgezeit ist Frau N von ihren Prozeßbevollmächtigten, dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten und dem Senat ständig und unbeanstandet als "Klägerin" bezeichnet worden.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

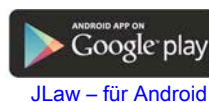
- 3 -

Mit Beschluß vom 6. Dezember 1972 hat der Senat der Witwe des Verstorbenen, Frau N , das für die Revisionsinstanz nachgesuchte Armenrecht ebenfalls verweigert; in den Gründen seines Beschlusses hat der Senat ausgeführt, die von Frau N betriebene Revision habe aus denselben Gründen keine Aussicht auf Erfolg, wie sie bereits in dem Beschluß vom 30. November 1972 näher dargelegt worden seien, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werde. In dem auf den 15. Dezember 1972 anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erschien niemand, worauf der Senat das Ruhen des Verfahrens anordnete. Auf Antrag der Beklagten hat der Senat am 11. Januar 1973 beschlossen, das Verfahren aufzunehmen; Termin zur mündlichen Verhandlung wurde bestimmt auf den 9. Februar 1973. Die für Frau N tätig werdenden Prozeßbevollmächtigten baten daraufhin den Senat mit Schreiben vom 19. Januar 1973, sie von der Wahrnehmung des Termins zur mündlichen Verhandlung am 9. Februar 1973 zu dispensieren; die schriftliche "Klagerücknahme" sei zwischenzeitlich erfolgt, so daß eine Wahrnehmung des Termins aus Kostengründen nicht mehr tragbar sei. Daraufhin teilte der Senatsvorsitzende den Prozeßbevollmächtigten mit, daß eine "Klagerücknahme" bisher dem Senat ebensowenig vorliege wie eine Zurücknahme der Revision von der die Beklagte in einem Schriftsatz vom 15. Dezember 1972 erwähnt hatte, daß sie von den Prozeßbevollmächtigten der Frau N in Aussicht gestellt sei. Deshalb bleibe der auf den 9. Februar 1973 anberaumte Termin zur mündlichen Verhandlung bestehen. Der Senat und sein Vorsitzender hätten keine Möglichkeit, die Prozeßbevollmächtigten der Frau N von der Wahrnehmung dieses Termins zu dispensieren. Wenn Frau N in dem anberaumten Termin sich nicht anwaltlich vertreten lasse, müsse ihre Revision auf Antrag der Beklagten ohne weitere Sachprüfung zurückgewiesen werden. Eine telefonische Rücknahme der Revision, wie sie das Büro der Prozeßbevollmächtigten von Frau N als von dieser gewollt am 15. Dezember 1972 in einem Telefonat mit der Geschäftsstelle des Senats erwähnt habe sei rechtlich nicht möglich.

- 4 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

In einem vom 1. Februar 1973 datierten, beim Bundesarbeitsgericht am 5. Februar 1973 eingereichten Schriftsatz der Prozeßbevollmächtigten der Frau N heißt es: "In Sachen N , Rechtsanwälte J pp ./ . L AG nehmen wir die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hannover zurück". Darauf wurde der auf den 9. Februar 1973 anberaumte Termin zur mündlichen Verhandlung aufgehoben. Auf Antrag der Beklagten hat der Senat am 5. März 1973 beschlossen, daß Frau N als Klägerin die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen habe, weil sie die Revision zurückgenommen habe und dies gemäß § 72 Abs. 3 ArbGG in Verbindung mit §§ 566, 515 Abs. 3 ZPO zur entsprechenden Kostentragungspflicht führe.

3. Mit Schriftsatz vom 10. April 1974 beantragt Frau N im Wege der Gegenvorstellung, diesen Beschluß des Senats vom 5. März 1973 dahin abzuändern, daß die Kosten des Revisionsverfahrens dem Erben des ehemaligen Klägers Herrn N auferlegt werden. Zur Begründung führt sie aus, der Beschluß des Senats beruhe auf der Annahme, daß Frau N Erbin des Herrn N geworden sei und die von Herrn N bestellten Prozeßbevollmächtigten kraft der ihnen über den Tod von Herrn N erteilten Prozeßvollmacht die Rücknahme der Revision mit Wirkung für Frau N erklärt hätten. Da Frau N jedoch mit einer am 19. Dezember 1973 dem Nachlaßgericht frist- und formgerecht eingereichten Erklärung die Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes ausgeschlagen habe, diese Ausschlagung gemäß § 1953 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Erbfalls (7. November 1972) zurückwirke, sei die Rücknahme der Revision nicht eine in ihrem Namen geschehene Erklärung; infolge der Rückwirkung der Erbausschlagung wirke die Zurücknahme der Revision gegen die an die Stelle von Frau N getretenen wirklichen Erben. Diese Erben seien bisher noch nicht ermittelt. Wahrscheinlich komme es nach den entsprechenden Ermittlungen des Nachlaßgerichts zu der Feststellung gemäß § 1964 Abs. 1 BGB, daß Erbe des Herrn N der Fiskus sei. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen habe dieser neuen Situation bereits Rechnung getragen; es habe mit einem Beschluß vom 17. Dezember 1973 einen

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

Kostenfestsetzungsbeschuß des Arbeitsgerichts in dieser Sache aufgehoben, durch welchen die dem Herrn N auferlegten Kosten des Berufungsverfahrens ebenfalls gegen Frau N in der Annahme festgesetzt worden waren, daß sie Erbin ihres Mannes geworden sei; das sei aber wegen der geschehenen Ausschlagung nicht der Fall. In einem aus diesem Anlaß entstandenen Schriftwechsel zwischen dem Landesarbeitsgericht und dem Senat ist davon die Rede, Frau N habe durch Notariatsakt vom 18. Dezember 1972 die Erbschaft ausgeschlagen.

II. Nach § 72 Abs. 3 ArbGG, § 566, § 515 Abs. 3 Satz 3 ZPO ist der Beschluß des Senats vom 5. März 1973 unanfechtbar. Die von Frau N erhobene Gegenvorstellung gestattet es nicht, den Beschluß dahin abzuändern, daß die Kosten des Revisionsverfahrens anstelle der Klägerin den Personen auferlegt werden, die infolge der Erbausschlagung durch Frau N Erben des Herrn N geworden sind. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Im vorliegenden Fall ist nach dem Tode von Herrn N das Verfahren nicht ausgesetzt worden, wie das gemäß § 246 Abs. 1 ZPO hätte geschehen müssen, falls die Prozeßbevollmächtigten des Herrn N dies beantragt hätten. In solchen Fällen, in denen trotz Todes einer Partei ein Verfahren seinen Fortgang nimmt, kann es vorkommen, daß - vom Gericht, Gegner und Prozeßbevollmächtigten der verstorbenen Partei unbemerkt ein Urteil für oder gegen eine verstorbene Partei ergeht. Literatur und Rechtsprechung nehmen für solche Fälle an, daß dann das Urteil für oder gegen den oder die Erben der verstorbenen Partei ergangen und daß das auf die verstorbene Partei lautende Rubrum des Urteils von Amts wegen zu berichtigen sei (vgl. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 246 Anm. I 1 zu N 6; RG JW 1929, 1397 [1398]). Etwas ähnliches wird man wegen § 329 ZPO auch für Beschlüsse in Betracht ziehen dürfen.

2. Im vorliegenden Fall ist jedoch eine Besonderheit gegeben, die eine solche Handhabung nicht gestattet. Frau N ist nach dem Tode ihres Mannes als dessen Erbe dadurch aufgetreten, daß sie für die - - - - -



- 6 -

von ihr weiter betriebene Revision das Armenrecht erbeten und um Beibehaltung des anberaumten Termins nachgesucht hat und daß sie später die von ihr weiter verfolgte Revision ihres Mannes durch ihre Prozeßbevollmächtigten hat zurücknehmen lassen. Alles das wird nicht deshalb als ungeschehen angesehen, weil die von Frau N jetzt behauptete Erbausschlagung, im Falle ihrer Gültigkeit nach § 1953 Abs.1 BGB die Fiktion bewirkt, als sei ihr der Nachlaß ihres Mannes nie angefallen.

a) Solange die Klägerin die Erbschaft nicht ausgeschlagen hatte, jedoch noch ausschlagen konnte, war sie jedenfalls "vorläufige Erbin" ihres Mannes, und diese Rechtsstellung ist für ihre Pflichten auch im Verhältnis zur Beklagten dieses Rechtsstreites nicht ohne Bedeutung. Für das, was der vorläufige Erbe für den Nachlaß tut, muß er in gewissem Umfange eintreten, und diese Einstandspflicht ist durch die Erbausschlagung nicht weggefallen. Die Klägerin konnte als vorläufige Erbin nicht gegen ihren Willen gezwungen werden, den Prozeß ihres Mannes fortzusetzen; das konnte sie dadurch verhindern, daß sie gemäß § 246 Abs.1 ZPO die Aussetzung des Verfahrens beantragte. Einem solchen Antrag hätte das Gericht entsprechen müssen (§ 246 Abs.1 ZPO), und die Beklagte hätte gemäß § 246 Abs.2 ZPO in Verbindung mit § 239 Abs.5 ZPO gegen den Willen von Frau N die Aufnahme des Verfahrens solange nicht erzwingen können, wie Frau N die Erbschaft nicht angenommen hatte.

b) Den gekennzeichneten prozessualen Schutz, zu dem noch der materiellrechtliche Schutz des vorläufigen Erben aus § 1958 BGB tritt, hat Frau N solange nicht in Anspruch genommen, als sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen und dies dem Gericht nicht mitgeteilt hatte. Vielmehr hat sie, was ihr nach der herrschenden Meinung erlaubt ist, als vorläufige Erbin den Prozeß ihres Mannes weitergeführt (über die Zulässigkeit von Aktivprozessen vorläufiger Erben vgl. Bartholomeyczik bei Erman~~x~~, BGB, 5.Aufl., § 1959 RdNr. 7; derselbe, Kurzlehrbuch, 9.Aufl., 1971, § 31 V 6 S.191; Johannsen in RGRK, BGB, 11.Aufl., § 1959 Anm.2a; Kipp-Coing,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Erbrecht, 12.Aufl., § 90 III 4 S. 394; Brox, Erbrecht, § 23 VIII 1 c zu RdNr. 437 S.232; Ehard-Eder bei Soergel-Siebert, BGB, 9.Aufl., § 1959, RdNr. 1; Heinrich Lehmann in Staudinger, BGB, 11.Aufl., § 1959, RdNr. 22; v.Lübtow, Erbrecht, Halbbd. 2, 1971, S.752 zu § 4).

Geht man davon aus, daß Frau N Ende 1972 die Erbschaft ausgeschlagen hat, so war sie bis dahin vorläufige Erbin. Geht man davon aus, daß sie bereits Ende 1972 die Erbschaft ausgeschlagen hat, dann war sie bis Ende 1972 wirkliche vorläufige Erbin; für die Zeit danach hat sie sich gegenüber dem Gericht und gegenüber der Beklagten mindestens so benommen wie ein vorläufiger Erbe; sie muß sich nach Rechtsscheingrundsätzen demnach auch so behandeln lassen. Gleichgültig somit, wann Frau N die Erbschaft ausgeschlagen hat, muß sie sich bis Ende 1973 wie eine vorläufige Erbin behandeln lassen.

c) Wenn aber ein vorläufiger Erbe auf den gekennzeichneten prozessual und materiell gegebenen Schutz verzichtet und ein Verfahren betreibt, obwohl er die Erbschaft noch nicht angenommen hat, verdienen die Belange des Prozeßgegners Schutz. Heinrich Lehmann bei Staudinger, aaO, Bartholomeyczik bei Erman, aaO und im Kurzlehrbuch, Brox, aaO, v.Lübtow, aaO, zu Fußnote 37, stellen zur Erwägung, ob in einem derartigen Verhalten nicht die Annahme der Erbschaft oder jedenfalls ein Verhalten liege, das es Erben verbietet, sich auf die spätere Ausschlagung der Erbschaft zu berufen (protestatio facto contraria); das gleiche müßte bedacht werden, wenn jemand die Erbschaft bereits ausgeschlagen hat, sich aber dem Gegner und dem Gericht gegenüber wie ein Erbe geriert.

Ob dem zu folgen ist, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, weil jedenfalls eine andere Überlegung es Frau N verwehrt, sich auf die rückwirkende Kraft der Ausschlagung der Erbschaft zu berufen. Aus § 1959 BGB ergibt sich, daß der vorläufige Erbe, der für den Nachlaß erbschaftliche Geschäfte betreibt, nach Ausschlagung der Erbschaft vom endgültigen Erben Erstattung seiner Aufwendungen wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag verlangen kann. Das macht deutlich,



- 8 -

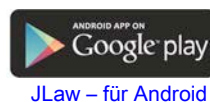
daß im Rechtsverkehr der vorläufige Erbe, der erbschaftliche Geschäfte betreibt und dabei mit anderen Rechtsgenossen in Beziehungen tritt, diesen für eingegangene Verpflichtungen haftet und diese nicht ohne weiteres darauf verweisen kann, daß seine Erbenstellung mit rückwirkender Kraft (§ 1953 Abs. 1 BGB) als weggefallen gilt (vgl. Bartholomeyczik bei Erman, aaO, § 1959 RdNr. 5 und in Kurzlehrbuch, aaO, § 31 V 3 S. 190; Heinrich Lehmann bei Staudinger, aaO, § 1959 RdNr. 14; Brox, aaO, § 23 VIII 2 RdNr. 438 S. 233). § 1959 BGB setzt somit als selbstverständlich voraus, daß nach den Regeln des Vertrauensschutzes der Rechtsverkehr, der von einem vorläufigen Erben in Anspruch genommen wird, in dem vorläufigen Erben seinen endgültigen Partner sehen darf, der in solchen Fällen sich nicht auf die Wirkungen des § 1953 Abs. 1 BGB berufen kann, wenn er die Erbschaft ausschlägt. § 1959 geht somit davon aus, daß der vorläufige Erbe im Außenverhältnis mit Dritten sich so behandeln lassen muß, als sei er endgültiger Geschäftspartner, und daß er sich wegen seiner Aufwendungen lediglich intern an den endgültigen Erben halten darf. Das gleiche muß nach Vertrauensgrundsätzen gelten, wenn eine Partei, obwohl sie die Erbschaft ausgeschlagen hat, sich wie ein Erbe gegenüber Dritten verhält.

d) Dieser von § 1959 BGB im materiellen Rechtsverkehr als selbstverständlich geltend angesehene Vertrauensschutz muß auch für vergleichbare Situationen im Prozeßrecht gelten. Das Prozeßrecht verbietet die Aktivprozesse des vorläufigen Erben nicht, woraus auf ihre Zulässigkeit zu schließen ist. Damit setzt es den Prozeßgegner vergleichbaren Risiken aus, wie sie diejenigen zu tragen haben, an die der vorläufige Erbe im materiellen Rechtsverkehr herantritt und die sich wegen ihrer Forderungen an den vorläufigen Erben auch dann halten können, wenn er später die Erbschaft ausschlägt. Die gleiche Situation ist gegeben, wenn jemand, obwohl er die Erbschaft ausgeschlagen hat, sich wie ein Erbe aufführt und einen Prozeß betreibt. Das rechtfertigt es, den vorläufigen Erben oder denjenigen, der wie ein ein solcher auftritt, im Verhältnis zum Prozeßgegner mit den entsprechenden

- 9 -



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



- 9 -

Kostenfolgen dann zu belasten, wenn er einen Aktivprozeß betreibt und dabei unterliegt oder die Revision zurücknimmt.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Dr. Dieterich

