



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IV ZR 265/05

vom

8. November 2006

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Seiffert, Wendt, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Felsch

am 8. November 2006

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Kläger zu 1 und 2 gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 21. Zivilsenat - vom 1. November 2005 wird die Revision zugelassen, soweit die Kläger zu 1 und 2 verurteilt worden sind, den Beklagten 67.889 € nebst 4% Zinsen seit dem 18. Februar 2002 zu zahlen.

In diesem Umfang wird das vorbezeichnete Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Von einer näheren Begründung wird insoweit gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgesehen.

Die Kläger zu 1 und 2 tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens, soweit es ohne Erfolg geblieben ist. Insoweit beträgt der Wert des Beschwerdegegenstandes für die Gerichtskosten 38.393,69 € und für die außergerichtlichen Kosten 106.282,69 € mit der Maßgabe, dass diese im Verhältnis zu den Beklagten nur in Höhe von 36% anzusetzen sind.

#### Gründe:

- 1 Das Berufungsgericht hat bei dem zu Gunsten der beklagten Miterben ausgeurteilten Schadensersatzbetrag in Höhe von 67.889 € Übergang, dass nach dem gemeinschaftlichen Testament der Großeltern die Miterben auf Kläger- wie Beklagtenseite jeweils zur Hälfte am Nachlass beteiligt sind. Der Betrag hätte in der genannten Höhe an sich der noch ungeteilten Erbengemeinschaft "W. /B. " zugestanden. Im Falle der vom Berufungsgericht angenommenen Teilauseinandersetzung können die Miterben auf Beklagtenseite daher nur die Hälfte davon beanspruchen. Damit hat das Berufungsgericht den Anspruch der Kläger zu 1 und 2 auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG zu der vorgetragenen Nachlassbeteiligung verletzt. Dies führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurück-

verweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil die Sache insoweit noch nicht entscheidungsreif ist (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

2 Das Berufungsgericht hat ferner, was die Nichtzulassungsbeschwerde ebenfalls zu Recht rügt, bei der Feststellung des Verschuldens der Testamentsvollstreckerin den unter Beweis gestellten Vortrag der Kläger zu 1 und 2 in der Berufungserwiderung unbeachtet gelassen, die gezahlten Mieten seien ähnlich hoch gewesen wie die der übrigen nicht gewerblichen, nicht verwandten Mieter. Dieser Vortrag ist auch bereits erstinstanzlich erfolgt und vom Landgericht seinen Entscheidungsgründen zu Grunde gelegt worden. Danach entfielen der vom Berufungsgericht für den Verschuldensvorwurf, der zunächst zur Darlegungs- und Beweislast der Anspruchsteller steht (vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann, 4. Aufl. § 2219 Rdn. 11), allein als tragend herangezogene Gründe, die Testamentsvollstreckerin hätte den für die Ermittlung der ortsüblichen Miete zunächst ausreichenden Mietenvergleich vornehmen können und müssen. Ein solcher Vergleich hätte ihr - den Vortrag der Kläger unterstellt - keine Erkenntnis über zu fordernde höhere Mieten vermittelt.

3 Soweit das Berufungsgericht nach den neu zu treffenden Feststellungen wiederum zu einer Schadensersatzverpflichtung kommt, wird es sich im Weiteren - ggf. nach ergänzendem Parteivortrag - noch mit den von der Nichtzulassungsbeschwerde erhobenen Bedenken gegen seine

Annahme zu befassen haben, der ermittelte Schadensersatzbetrag beziehe sich insgesamt auf Reinerlöse, die ausnahmsweise im Wege der Teilauseinandersetzung an die Miterben direkt ausgekehrt werden können.

Terno

Seiffert

Wendt

Dr. Kessal-Wulf

Felsch

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 29.10.2004 - 2/25 O 501/01 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 01.11.2005 - 21 U 92/04 -