

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 210/82

URTEIL

Verkündet am

31. Oktober 1984

Hellmann

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Käthe R. geb. Sch., P. weg,
M.,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und

g e g e n

den Kaufmann Herbert Sch., F. straße,
D.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. und

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1984

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. November 1982 aufgehoben.

Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Aufgrund Erbvertrages ihrer Eltern sind sie je zur Hälfte Nacherben nach ihrem am 4. Mai 1958 verstorbenen Vater und Erben nach ihrer am 4. Mai 1975 verstorbenen Mutter; diese war nichtbefreite Vorerbin nach dem Vater.

Der Vater und der Kläger waren Miteigentümer zu je 1/2 an dem Grundbesitz in D[REDACTED], L[REDACTED]straße 7/ F[REDACTED]straße 20. Nach dem Tode des Vaters übernahm der Kläger die Verwaltung des Nachlasses und des Privatvermögens der Mutter; diese erteilte dem Kläger Generalvollmacht.

- 3 -

Nach dem Tode der Mutter gelangte der genannte Grundbesitz zur Teilungsversteigerung; er wurde dem Kläger am 30. Mai 1978 zugeschlagen. Der an die Stelle des Miteigentumsanteils des Vaters (bzw. der Erbengemeinschaft nach ihm) getretene Erlösanteil in Höhe von insgesamt 373.227,80 DM wurde zugunsten der Parteien bei dem Amtsgericht hinterlegt. Der Kläger beansprucht im Wege der Teilauseinandersetzung die Hälfte dieses Betrages nebst Zinsen für sich. Die Beklagte ist mit einer Teilauseinandersetzung über den hinterlegten Betrag einverstanden. Sie hat den gesamten Betrag mit der Widerklage aber für sich allein verlangt. Der Kläger habe den Grundbesitz während der Vorerbschaft der Mutter nicht ordnungsgemäß verwaltet und dadurch ihre Rechtsstellung als Nacherbin beeinträchtigt. Daraus leitet sie Ersatzansprüche gegen den Kläger her, mit denen sie gegen die Klageforderung aufgerechnet hat. Außerdem habe der Kläger nach dem Tode der Mutter noch erhebliche Überschüsse aus Mieteinnahmen erzielt, die ihr anteilig zustünden; insoweit hat sie ebenfalls aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Parteien auf Klage und Widerklage wechselseitig verurteilt einzuwilligen, daß der hinterlegte Betrag und die aufgelaufenen Zinsen je zur Hälfte an die andere Seite ausgezahlt werde, die Beklagte hinsichtlich eines Teilbetrages von 7.494,44 DM jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung eines gleich hohen Betrages durch den Kläger an die Beklagte. Ferner hat das Landgericht beide Parteien zur Zahlung weiterer Zinsen verurteilt und hat die Klage und die Widerklage im übrigen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter; außerdem beantragt sie,

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

den Kläger auf die Widerklage zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß aus dem hinterlegten Betrag weitere 153.147,28 DM nebst Zinsen an sie zu zahlen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Entgegen der Auffassung der Revision kann sie mit ihren Angriffen gegen das angefochtene Urteil nicht schon deshalb durchdringen, weil die Klage auf eine Teilauseinandersetzung wegen des bei dem Amtsgericht hinterlegten Betrages gerichtet ist.

Der Anspruch gemäß § 2042 Abs. 1 BGB richtet sich allerdings auf Auseinandersetzung des gesamten Nachlasses. Deshalb soll die Auseinandersetzungsklage grundsätzlich zu einer vollständigen Abwicklung des Erbfalles führen. Hiervon werden im Hinblick auf die zahlreichen Schwierigkeiten, die mit der Auseinandersetzung verbunden sein können, jedoch vielfach Ausnahmen zugelassen. So kann eine gegenständlich beschränkte Teilauseinandersetzung etwa dann begehrt werden, wenn Nachlaßverbindlichkeiten nicht mehr bestehen und berechnete Belange der Erbengemeinschaft und der einzelnen Miterben nicht gefährdet werden. Im vorliegenden Fall haben beide Parteien von Anfang an eine Teilauseinandersetzung wegen des hinterlegten Betrages gewünscht. Die Belange der Beklagten wegen der von ihr geltend gemachten Gegenansprüche werden, wie noch weiter auszuführen sein wird, mit Hilfe von § 756 BGB hinreichend gewahrt.

2. Der Auseinandersetzungsanspruch aus § 2042 Abs. 1 BGB geht auf Abschluß eines (schuldrechtlichen) Vertrages über einen bestimmten Auseinandersetzungsplan. Davon zu unterscheiden ist der Vollzug des Auseinandersetzungsvertrages. Er betrifft regelmäßig dingliche Geschäfte, deren Rechtsgrund im Auseinandersetzungsvertrag liegt (vgl. z.B. Brox, Erbrecht, 8. Aufl. Rdn. 494). Gleichwohl kann zugleich mit dem Anspruch auf Zustimmung zu dem Auseinandersetzungsplan auch dessen (dinglicher) Vollzug verlangt werden (Palandt/Keidel, BGB 43. Aufl. § 2042 Anm. 5 b, ständige Praxis). Dagegen besteht umgekehrt ein Anspruch auf Teilungsakte ohne die schuldrechtliche Auseinandersetzung nur ausnahmsweise (vgl. MK-Dütz, BGB § 2042 Rdn. 68; Soergel/Wolf, BGB 11. Aufl. § 2042 Rdn. 10 f.). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

In der vorliegenden Sache war von beiden Seiten auf Zustimmung zu (unterschiedlichen) Teilungsplänen und zugleich auf Zustimmung zum Vollzug geklagt. Das Landgericht hat die ausdrückliche Zustimmung zu einem Teilungsplan (LGu 12) für überflüssig gehalten; in dem Verlangen nach Zustimmung (gemeint ist diejenige gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Hinterlegungsordnung) sei die Forderung nach Abschluß eines entsprechenden Auseinandersetzungsvertrages enthalten. Daran ist richtig, daß die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Hinterlegungsordnung ausreichende Feststellung (oder die Bewilligung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Hinterlegungsordnung) im allgemeinen bereits in der Verurteilung zur Zustimmung zum Teilungsplan liegt. Dementsprechend ist davon auszugehen, daß das Landgericht die Beklagte incidenter zugleich auch zur Zustimmung zu dem vom Kläger gewünschten Teilungsplan (Aufteilung des hinterlegten Betrages je zur Hälfte) verurteilen wollte und verurteilt hat. Trotz des Wortlauts handelt es sich daher nicht lediglich

um eine - rechtlich bedenkliche - Verurteilung zu einem Vollzugsakt zu einem fehlenden schuldrechtlichen Auseinandersetzungsvertrag; ein solcher fehlt nur scheinbar.

Auch das Berufungsgericht hat die Klage nicht an diesem Gesichtspunkt scheitern lassen. Es hat seine Entscheidung insoweit damit begründet, beide Parteien hätten dem "eigentlich notwendigen" Teilungsplan (Aufteilung je zur Hälfte) zugestimmt.

3. Die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Aufteilung des hinterlegten Betrages im Verhältnis eins zu eins vermag der Senat aber nicht zu billigen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Anspruch der Beklagten auf Zahlung von 7.494,44 DM bejaht. Dabei handelt es sich um den anteiligen Überschuß der Mieteinnahmen aus der Zeit nach dem Tode der Mutter, der der Beklagten nach der eigenen Auffassung des Klägers zusteht. Mit Recht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht der Beklagten insoweit lediglich ein Zurückbehaltungsrecht zugebilligt hat. Die Forderung, die sich aus §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 743 Abs. 1 BGB ergibt, gründet sich auf die Erbengemeinschaft und ist daher gemäß §§ 2042 Abs. 2, 756 BGB entsprechend dem Verlangen der Beklagten aus dem Anteil zu entnehmen, der dem Kläger bei der Auseinandersetzung an sich zukäme (RGZ 78, 273); für die Teilauseinandersetzung gilt insoweit nichts anderes. Einer Aufrechnungserklärung bedarf es insoweit nicht. Abgesehen davon ist es mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 63, 348) nicht ohne weiteres zu vereinbaren, wenn dem Teilhaber einer Gemeinschaft, der jederzeit deren Aufhebung verlangen kann (vgl. §§ 749, 2042 BGB), trotzdem gestattet wird, dem Auseinandersetzungs-

anspruch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB entgegenzusetzen (anders in dem Fall BGHZ 90, 194).

Bereits infolge dieser Abrechnung gemäß § 756 BGB kann der Kläger nicht verlangen, daß die Beklagte der von ihm gewünschten Auseinandersetzung durch Aufteilung je zur Hälfte zustimmt. Im Rahmen der Erbteilungsklage ist nur darüber zu befinden, ob der zur Entscheidung gestellte Teilungsplan den gesetzlichen Vorschriften entspricht oder nicht. Für Modifizierungen durch das Gericht besteht kein Raum.

Schon aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil, soweit es der Klage stattgibt, nicht bestehen bleiben. Andererseits kann die Klage aber auch nicht abgewiesen werden. Das Berufungsgericht hätte den Kläger mit entsprechenden Hinweisen versehen und auf sachdienliche Anträge hinwirken sollen. Das ist unterblieben, weil das Oberlandesgericht die Notwendigkeit entsprechender Hinweise infolge seiner abweichenden materiellrechtlichen Auffassung nicht erkannt hat. Die erforderlichen Erörterungen durch den Tatrichter werden nachzuholen sein. Entsprechendes gilt auch für die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Widerklage.

4. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung erscheinen folgende Hinweise angebracht:

A. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Rechtsbeziehungen zwischen der Vorerbin und den Nacherben einerseits und diejenigen zwischen der Vorerbin und ihrem Beauftragten, dem Kläger, andererseits unzulässigerweise miteinander vermengt. In der Tat hat das Berufungsgericht diesen Unterschied nicht ausreichend behandelt.

a) Soweit dem Kläger vorgehalten wird, er habe seine Pflichten im Verhältnis zur Vorerbin verletzt, seien diese nun nach Auftragsrecht oder - im Falle des § 745 Abs. 1 BGB - nach den Regeln der Gemeinschaft zu beurteilen, und habe dadurch die Vorerbin geschädigt, handelt es sich um mögliche Schadensersatzansprüche der Mutter der Parteien. Sollte die Mutter infolge der angeblichen Pflichtverletzungen des Klägers um Nutzungen gebracht worden sein, die ihr in ihrer Eigenschaft als Vorerbin des Vaters als ihr freies Vermögen zustanden, dann findet insoweit gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Surrogation in den Nachlaß des Vaters statt. Entsprechende Ersatzansprüche gegen den Kläger gehören vielmehr in den Nachlaß der Mutter; mit der Auseinandersetzung des Nachlasses des Vaters, um die es hier geht, haben sie nichts zu tun. Das ist anders, falls dem Kläger zur Last zu legen sein sollte, er habe die Substanz des Nachlasses des Vaters gemindert. Daraus folgende Ersatzansprüche gegen den Kläger fallen gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB in den Nachlaß des Vaters und sind bei der Auseinandersetzung dieses Nachlasses, und zwar auch im Rahmen einer Teilauseinandersetzung, zu berücksichtigen (§ 756 BGB).

b) Davon zu unterscheiden sind mögliche Ersatzansprüche, die sich aus dem Verhältnis der Mutter in ihrer Eigenschaft als Vorerbin zu den Nacherben ergeben können. Soweit die Vorerbin die ihr gesetzten Grenzen nicht eingehalten haben sollte, könnten Ersatzansprüche der Nacherben gegen die Vorerbin gemäß § 2130, 2131 BGB wegen Substanzverlustes in Betracht kommen; derartige Ansprüche würden gemäß § 2111 BGB ebenfalls zum Nachlaß des Vaters gehören und wären gegen die Parteien in ihrer Eigenschaft als Erben ihrer Mutter gerichtet. Da beide Parteien je zur Hälfte sowohl Miterben nach der Mutter als auch nach dem Vater geworden sind,

ist aber davon auszugehen, daß derartige Ansprüche durch Vereinigung von Forderung und Schuld (Konfusion) erloschen sind; ein besonderes Interesse der einen oder der anderen Seite daran, daß die Rechte dennoch fortbestehen (vgl. §§ 1063 Abs. 2, 1256 Abs. 2 BGB), ist nicht ersichtlich.

B. Zu den einzelnen Gegenansprüchen ist folgendes zu bemerken:

a) Soweit die Beklagte Ansprüche aus der Valutierung von zwei Grundschulden (III 12, 13) in Höhe von insgesamt 130.000,- DM während der Zeit der Vorerbschaft herleitet, bestehen gegen das angefochtene Urteil keine rechtlichen Bedenken.

Die Beklagte beansprucht hier Schadensersatz, weil der Kläger die erlangten 130.000,- DM nicht für das Grundstück, sondern für sich privat verwendet habe. Demgegenüber nimmt das Berufungsgericht an, der Kläger habe anhand einer umfangreichen Aufstellung (Bl. 146 ff. = 491 ff. d.A.) und der beigelegten Belege im einzelnen dargetan, wohin der Betrag geflossen ist. Es wertet die dargelegten Ausgaben zum weit überwiegenden Teil als Aufwendungen im Sinne von § 2124 Abs. 2 BGB, die aus der Erbschaft bestritten werden dürfen; der nachgewiesene Betrag übersteige die aufgenommene Summe solcher Aufwendungen sogar um rund 50.000,- DM. Wenn die Beklagte sich gegen diese im einzelnen dargelegten Verwendungen wenden wolle, dann müsse sie dartun, in welchen Einzelpunkten die Angaben des Klägers falsch seien und weshalb. Daran habe die Beklagte es fehlen lassen.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Meinung der Revision hat das Beru-

funksgericht die Beweislast des Klägers, wie sich BU 28 unten zeigt, nicht verkannt; vielmehr hat es die Darlegungen der Beklagten nicht ausreichen lassen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. In der Tat hätte die Beklagte sich nicht mit der Behauptung begnügen dürfen, der Kläger habe die erlangten 130.000,- DM für sich privat verwendet.

Unter diesen Umständen erweisen sich auch die Angriffe dagegen als unbegründet, daß das Berufungsgericht den Abschluß einer Tilgungsversicherung für das zugrunde liegende Darlehen und die Entnahme der hierfür entstandenen Prämien aus dem Hauskonto als rechtmäßig angesehen hat. Entsprechendes gilt für den Zinsendienst. Auch für die Zeit nach dem Tode der Mutter (4. Mai 1975) muß die Beklagte die Zinsen für das Darlehen mittragen.

b) Der Grundbesitz ist mit einer alten, bereits vor dem Tode des Vaters eingetragenen und valuierten Hypothek (III 7) belastet. Der Kläger hat mit der Gläubigerin vereinbart, die laufende Tilgung des gesicherten Darlehens auszusetzen. Die Beklagte hat geltend gemacht, diese Vereinbarung habe zu einem unnötigen Zinsmehraufwand geführt; diesen hat sie vor dem Tatrichter mit 107.837,31 DM und im Revisionsverfahren zuletzt noch mit 37.837,31 DM beziffert. Das Berufungsgericht meint, die Vorerbin habe die Belastung nicht zu tilgen brauchen, sondern lediglich den Stamm des Nachlasses, also das schon belastete Grundstück in seinem Wert erhalten müssen.

Diese Begründung vermag der Senat nicht zu billigen. Gemäß § 2124 Abs. 1 BGB hat der Vorerbe im Verhältnis zum Nacherben die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen. Dazu gehören nach allgemeiner Meinung auch die gewöhnlichen,

nicht unter § 2126 BGB fallenden Lasten. Lasten in diesem Sinne sind die Pflichten, die auf Leistung gehen und die den Eigentümer, Besitzer oder Rechtsinhaber als solchen treffen (vgl. Senatsurteil vom 10.7.1980 - IVa ZR 20/80 - LM BGB § 2126 Nr. 4). Das trifft auch für die laufenden Tilgungsraten eines Hypothekendarlehens zu. Sie sind wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsgemäßer Verwaltung im allgemeinen aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Das ist hier nicht anders als gemäß § 1088 BGB bei dem Nießbrauch an einem Vermögen (vgl. OLGZ 75, 341). Die unterbliebene Tilgung könnte im Hinblick auf die Eigentümergrundschild, die dem Nachlaß infolgedessen möglicherweise entgangen ist, einen Ersatzanspruch der Nacherben gemäß §§ 2130, 2131 BGB wegen Substanzverlustes gegen die Vorerbin zur Folge haben. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zur Konfusion unter A b) verwiesen.

Andererseits dürften die Mehrzinsen, die von der Vorerbin zu zahlen waren und die die Beklagte hier beansprucht (vermindert um die von der Vorerbin ersparten Tilgungsraten von jährlich 2% = 1.400,- DM für die Zeit von 1962 bis 1975), einen Anspruch der Vorerbin gegen den Kläger begründen können, an dem die Beklagte als deren Miterbin mitbeteiligt ist (vgl. MK-Grunsky, BGB § 2126 Rdn. 3; aber auch Soergel/Harder, BGB 11. Aufl. § 2126 Rdn. 3). Hierzu wird auf Abschnitt A a) verwiesen.

c) Die Beklagte hält dem Kläger vor, für das Hausgrundstück sei wiederholt Versicherungsschutz gewährt worden. Der Kläger habe die Versicherungsleistungen in Höhe von insgesamt 10.329,83 DM aber nicht dem Hauskonto gutgeschrieben. Das Berufungsgericht hat den entsprechenden Sachvortrag als un schlüssig angesehen. Ersatzansprüche hätten insoweit nur

entstehen könnten, wenn die den Versicherungsfällen zugrundeliegenden Einzelschäden nicht beseitigt worden wären. So sei es hier aber nicht.

Diese Begründung beanstandet die Revision mit Recht. Der Beklagte muß Zahlungen des Sachversicherers, die er erhalten hat, der Eigentümergemeinschaft selbstverständlich auch dann gutbringen, wenn die Einzelschäden, wie er behauptet, aus den Mietertragnissen behoben worden sind.

d) Entgegen der Annahme der Revision hat das Berufungsgericht einen Anspruch wegen der Reparatur des Bieraufzuges (324,30 DM und 1.665,- DM) nicht mit der Begründung verneint, es handele sich um gewöhnliche Erhaltungskosten. Es hat der Beklagten einen Ersatzanspruch insoweit vielmehr nur deshalb abgesprochen, weil der Kläger rund 50.000,- DM Ausgaben mehr nachgewiesen habe, als das aufgenommene Darlehen ausmache. Diese Begründung ist rechtsfehlerfrei.

e) Die Beklagte beanstandet, daß der Kläger 7.200,- DM für Schönheitsreparaturen von einer Mieterin erhalten und diese für sich verwendet habe. Das Berufungsgericht nimmt an, aus diesem Vorgang ergebe sich für die Beklagte als Mit-Nacherbin kein Schadensersatzanspruch. Es handele sich um eine normale Einnahme (Nutzung), die dem Kläger und der Vorerbin zugestanden habe. Für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten als Nacherbin bestehe daher kein Raum.

Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision ist unbegründet. Richtig ist allerdings, daß das Berufungsgericht nicht auf die Behauptung eingegangen ist, der Kläger habe die Zahlung auf sein Privatkonto umgebucht und die Vorerbin

insoweit leer ausgehen lassen. Das ist aber im Ergebnis unschädlich. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, handelt es sich bei der Zahlung um eine Nutzung. Mögliche Ansprüche der Vorerbin aus diesem Vorgang gehören daher zu dem freien Vermögen der Vorerbin und nach deren Ableben in den Nachlaß nach ihr. Mit der Auseinandersetzung des Nachlasses nach dem Vater, um die es hier geht, haben sie nichts zu tun (vgl. oben unter A a).

f) Die Beklagte hält dem Kläger vor, er habe Renovierungskosten für das Haus Friedrichsstraße 12, in dem das Gardinenhaus Schleicher betrieben wird, zu Unrecht über das Haus Luisenstraße 7 abgerechnet (348,57 DM und 262,79 DM). Das Berufungsgericht hält diesen Vorwurf für unbegründet, weil die Mutter in ihrer Eigenschaft als Vorerbin an der Gardinenhaus Schleicher oHG beteiligt gewesen sei und weil deshalb die beanstandeten Beträge aus dem Hauskonto oder aus dem aufgenommenen Darlehensbetrag hätten entnommen werden dürfen.

Diese Begründung ist schon deshalb bedenklich, weil die genannten Renovierungskosten aus dem Jahre 1969 stammen und die offene Handelsgesellschaft seit 1962 nicht mehr besteht.

Soweit die Beklagte weiter beanstandet, daß der Kläger die Renovierung von Mietwohnungen über das Hauskonto abgerechnet habe, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts dagegen unbedenklich. Falls dem Kläger insoweit eine Minderung der Nutzungen zur Last zu legen sein sollte, die der Vorerbin zukamen, werden die Ausführungen unter A a) zu berücksichtigen sein. Entsprechendes gilt auch für die

weiteren Vorwürfe der Beklagten, der Kläger habe das Hauskonto zu Unrecht mit Reparaturen in seiner eigenen Wohnung (695,65 DM) belastet, bestimmte Zahlungen der Mieter (7.863,62 DM) nicht auf dem Hauskonto gutgeschrieben, die Kosten für die Holzverkleidung Baumgarten (2.920,- DM) hätten dem Pächter auferlegt werden müssen und der Kläger habe Nadelfilz für einen um 2.665,19 DM überhöhten Preis geliefert.

g) Der Kläger macht geltend, für die Räume einer Mieterin einen neuen Teppichboden für 2.283,55 DM geliefert zu haben. Nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils (BU 44) hat die Beklagte diesen Betrag vor dem Tatrichter zuletzt anscheinend nur deshalb nicht gelten lassen, weil der alte Teppichboden noch nicht habe ausgewechselt werden müssen. Das Berufungsgericht hat das Verhalten des Klägers insoweit nicht als schuldhaft angesehen. Durchgreifende rechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht.

h) Die Beklagte wirft dem Kläger vor, 5.140,- DM vom Hauskonto für private Zwecke entnommen zu haben. Der Kläger behauptet, es handele sich um eine Kautions für die Gaststätte Lüdtkke, die seinerseits auf ein Sparkonto umgebucht und bei Beendigung des Mietverhältnisses abgerechnet worden sei. Das Berufungsgericht meint, ohne die weitere Behauptung, der Betrag sei in Wahrheit nicht wieder an den Mieter ausgekehrt worden, könne von einem Ersatzanspruch der Beklagten nicht ausgegangen werden. Dabei ist nicht berücksichtigt, daß die Beklagte unter Beweisantritt behauptet hatte, das Vertragsverhältnis mit Lüdtkke sei im Oktober 1968 zu Ende gegangen; gleichwohl habe das Sparbuch mit der Kautions noch 1972 bestanden. Mit diesem Vortrag

wollte die Beklagte dem Anschein nach auch geltend machen, Lüdtke habe die Kautiön nicht zurückerhalten. Hinsichtlich der übrigen behaupteten Privatentnahmen des Klägers vom Hauskonto (9.778,50 DM) hat das Berufungsgericht einen Ersatzanspruch der Beklagten ebenfalls verneint. Dabei scheint es sich darauf zu stützen, die Nutzungen hätten der Mutter der Parteien in ihrer Eigenschaft als Vorerin zugestanden. Insoweit wird auf Abschnitt A a) verwiesen. Entsprechendes gilt auch für den Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe verschiedene Wohnungen längere Zeit unnötig leer stehen lassen und dadurch einen Mietausfall von 52.910,- DM verursacht.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kesse

Dr. Zopfs

Dr. Ritter