

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 66/91

Verkündet am:
23. September 1992
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Knauber und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13. Februar 1991 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren verheiratet. Während der Ehe hatte die Klägerin 250.000 DM, die ihr aus dem Verkauf des elterlichen Hauses zugeflossen waren, auf ein Konto einer Schweizer Bank eingezahlt, über das auch der Beklagte Verfügungsbefugt war (Oder-Konto). Sie nimmt den Beklagten auf Zahlung von 250.000 DM in Anspruch, da er diesen Betrag am 17. März 1987 unberechtigt dem Konto entnommen und für sich verwendet habe.

- 3 -

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Das Oberlandesgericht verneint eine hälftige Ausgleichspflicht des Beklagten nach § 430 BGB, weil wegen der im Zeitpunkt der Abhebungen noch bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien aus ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, Zweck und Handhabung des Kontos oder den Vorschriften über die eheliche Lebensgemeinschaft zu folgern sei, daß im Sinne von § 430 BGB "ein anderes bestimmt ist". Während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft sei davon auszugehen, daß jede Partei Abhebungen vornehmen dürfe und eine Ausgleichspflicht gegenüber dem anderen Ehegatten nicht bestehe. Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß die Parteien sich vor April 1987 getrennt haben.

Dieser Beurteilung kann nicht gefolgt werden.

Bei Oder-Konten hat ein Ehegatte im Prozeß nur darzutun, daß dem anderen Gesamtgläubiger durch die Leistung des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Schuldners mehr zugeflossen ist, als seinem Anteil entspricht. Es ist dann Sache des in Anspruch Genommenen, eine Gestaltung des Innenverhältnisses darzulegen und zu beweisen, die eine andere als die vom Gesetz vermutete hälftige Beteiligung oder einen Ausschluß der Ausgleichspflicht ergibt (Senatsurteil vom 29. November 1989 - IVb ZR 4/89 - FamRZ 1990, 370, 371 = BGHR BGB § 430 Oder-Konto 1). Auch bei Abhebungen während intakter Ehe muß der Ehegatte, dem mehr als sein hälftiger Anteil zugeflossen ist, eine der Ausgleichspflicht entgegenstehende Gestaltung des Innenverhältnisses nachweisen. Allerdings wird dieser Nachweis bei Abhebungen während intakter Ehe in der Regel leichter zu führen sein (Senat aaO).

Diese Grundsätze und die sich aus ihnen ergebende Beweislastverteilung hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Der Beklagte hat nicht behauptet, daß bei Errichtung des Kontos eine Abrede zwischen den Parteien getroffen worden sei, die es ihm erlaubte, die der Klägerin als Gesamtgläubigerin zustehende Hälfte des Guthabens - unbeschadet der von der Klägerin zum Innenverhältnis der Parteien vorgetragenen Behauptung - für einen Urlaub in der Schweiz und zum Verbrauch auf der Spielbank zu entnehmen. Die bisherige Begründung des Oberlandesgerichts trägt deshalb die Abweisung der Klage insoweit nicht, als der Beklagte mehr als die Hälfte des ihm als Gesamtgläubiger zustehenden Betrags entnommen hat.

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, mit der es einen An-

spruch der Klägerin auf die zweite Hälfte des Guthabens abgelehnt hat.

a) Das Oberlandesgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung, weil sie keine Abrede der Parteien bewiesen habe, daß das Geld langfristig angelegt werden und im Innenverhältnis ihr allein zustehen sollte.

Die Revision rügt jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag der Klägerin auf Parteivernehmung des Beklagten übergangen hat. In der Berufungserwiderung vom 30. Dezember 1988 hat die Klägerin für ihre Behauptung, daß der Verkaufserlös nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien allein ihr zustehen und langfristig angelegt werden sollte, Beweis angetreten durch "Zeugnis B., Parteivernehmung des Beklagten, Parteivernehmung der Klägerin gemäß § 448 ZPO". Zwar konnte das Gericht die Vernehmung des Beklagten als Partei wegen der Subsidiarität dieses Beweismittels (§ 445 Abs. 1 ZPO) nicht anordnen, bevor es die Zeugen B. vernommen hatte. Als es danach jedoch den Beweis noch nicht als geführt erachtete, mußte es dem Antrag auf Parteivernehmung des Beklagten entsprechen. Dabei kann dahinstehen, ob es dazu erforderlich war, daß die Klägerin den Antrag nach Erhebung der anderen Beweise wiederholte (zu diesem Erfordernis vgl. Thomas/Putzo, ZPO 17. Aufl. Anm. 2; Zöllner/Stephan, ZPO 17. Aufl. Rdn. 5, jeweils zu § 445). Denn selbst wenn dieser Auffassung zu folgen wäre, wäre das Gericht nach § 139 ZPO verpflichtet gewesen, die Klägerin nach Durchführung der Beweisaufnahme zu fragen, ob sie ihren Antrag auf Parteivernehmung aufrecht-

erhält (OLG Oldenburg, NJW-RR 1990, 125 re.Sp.; vgl. auch BGH, Urteil vom 28. November 1990 - VIII ZR 362/89 - NJW 1991, 639, 640). Das Berufungsgericht hat die Klägerin dazu nicht befragt. Dies wird von der Revision zu Recht gerügt.

Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht nach der Vernehmung des Beklagten als Partei die Behauptung der Klägerin als bewiesen angesehen und deshalb den geltend gemachten Anspruch als begründet beurteilt hätte.

b) Das Oberlandesgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 246, 266 StGB geprüft und deswegen verneint, weil der Beklagte zu den Abhebungen von dem gemeinschaftlichen Konto berechtigt gewesen sei.

Auch wenn § 246 StGB hier als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ausscheidet, weil Forderungen nicht unterschlagen werden können (vgl. Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. § 246 Rdn. 3; Dreher/Tröndle, StGB 45. Aufl. § 246 Rdn. 2), läßt sich mit dieser Begründung die Abweisung der Klage nicht rechtfertigen. Nachdem das Oberlandesgericht zur Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Parteien den Beklagten als Partei verfahrensfehlerhaft nicht vernommen hat, ist nicht ausgeschlossen, daß der Verkaufserlös im Innenverhältnis nur der Klägerin zustehen und langfristig angelegt werden sollte. War dies so vereinbart, war der Beklagte im Verhältnis zur Klägerin zu keiner Abhebung ohne deren Zustimmung berechtigt, auch wenn er im Außenverhältnis zur Bank Verfügungsbefugnis besaß.

c). Einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 826 BGB hat das Oberlandesgericht als grundsätzlich in Betracht kommend angesehen. Es hat ausgeführt, ihm stehe jedoch entgegen, daß die Klägerin nach Behauptung des Beklagten ihm erlaubt habe, "sich ein paar schöne Tage in Zürich zu machen". Wenn der Beklagte von einem Einverständnis der Klägerin ausgegangen sei, habe er deren Schädigung nicht in Kauf genommen. Auch könne dem Brief des Beklagten vom 15. August 1987, in dem er geschrieben habe, er sei zur Spielbank gegangen, "um alles zu verlieren", nicht mit Sicherheit entnommen werden, daß der Beklagte die Spielbank in der Absicht aufgesucht habe, alles Geld zu verlieren. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Die Klägerin hat mit der Klage den Brief des Beklagten vom 15. August 1987 vorgelegt, in dem er geschrieben hat, die Klägerin habe ihm erlaubt, sich ein paar schöne Tage in Zürich zu machen. Sie hat dazu vorgetragen, diese Behauptung des Beklagten sei unzutreffend. Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht von der Richtigkeit des Vortrags des Beklagten ausgehen, ohne über die bestrittene Behauptung Beweis erhoben zu haben, wenn es diesen Vortrag als erheblich ansah.

Daneben begegnet auch die Auffassung des Oberlandesgerichts durchgreifenden Bedenken, ein bedingter Schädigungsvorsatz des Beklagten sei deshalb auszuschließen, weil er wegen der angeblichen Äußerung der Klägerin von ihrem Einverständnis ausgegangen sei. Das Oberlandesgericht legt nicht dar, weshalb der Beklagte bei redlicher Betrachtungsweise die angebliche Äußerung der Klägerin dahin verstehen

durfte, sie sei mit der Abräumung des Kontos und dem Verbrauch des Geldes einverstanden. Aus dem Wortlaut der angeblichen Äußerung ergibt sich dies nicht.

Schließlich erschöpft die Wertung, die das Oberlandesgericht dem Brief des Beklagten vom 15. August 1987 im Zusammenhang mit dessen Spielbankbesuch gibt, nicht den festgestellten Sachverhalt. Wer fremdes Geld ohne Zustimmung des Eigentümers beim Spiel einsetzt, handelt nicht nur dann sittenwidrig, wenn er in der Absicht spielt, alles zu verlieren, sondern auch dann, wenn er billigend in Kauf nimmt, daß er das Geld verliert und damit dem Eigentümer Schaden zufügt, weil er nicht bereit und in der Lage ist, dem Eigentümer den Verlust zu ersetzen. Denn bei einer Schadenshandlung im Sinne des § 826 BGB genügt bedingter Vorsatz (MünchKomm/Mertens, BGB 2. Aufl. § 826 Rdn. 61; Palandt/Thomas, BGB 51. Aufl. § 826 Rdn. 10). Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

3. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig, § 563 ZPO. Der Senat kann nicht selbst abschließend entscheiden, da eine weitere Beweisaufnahme und eine erneute tatrichterliche

Würdigung des gesamten Streitstoffes erforderlich sind.
Deshalb wird der Rechtsstreit - mit der Maßgabe des § 565
Abs. 1 Satz 2 ZPO - an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Knauber

Ganter