
Datum: 20.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 30/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0720.4U30.09.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 126/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 03.12.2009 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 1 O 126/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 9/10 und der Beklagte zu 1/10.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 4/5 und der Beklagte zu 1/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.	1
	2
	3

Wegen des Sachverhaltes verweist der Senat zunächst gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Die Klägerin nimmt den Beklagten, ihren geschiedenen Ehemann, auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 StGB wegen veruntreuender Unterschlagung bezüglich eines zu Ehezeiten von den Parteien gemeinsam aufgenommenen Darlehens in Anspruch, weil dieser nach ihrer Behauptung die Darlehenssumme abredewidrig für eigene Zwecke in Anspruch genommen habe. Hilfsweise stützt sie den Klageanspruch auf einen familienrechtlichen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich hinsichtlich der von ihr ab Juli 2002 allein geleisteten Darlehensraten von monatlich 350,56 €. Soweit der geltend gemachte Anspruch in Höhe der eingeklagten 19.585,00 € aus diesem Darlehen nicht vollständig hergeleitet werden könne, macht die Klägerin weiter hilfsweise Ausgleichsansprüche aus 3 weiteren von ihr allein bedienten gemeinsamen Darlehen bei der Stadtsparkasse I. zu Kto-Nrn. 0000000000, 0000000001 und 0000000002 in Höhe eines hälftigen Gesamtbetrags von 7.646,56 € und eines Erstattungsbetrages von 3.573,73 € im Zusammenhang mit dem Verkauf des gemeinsamen Hauses in Garbsen geltend.

Der Beklagte hat erstinstanzlich eine zweckfremde, abredewidrige Verwendung der Darlehenssumme bestritten und bezüglich des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf eine angebliche anderweitige Regelung im Güterrechtsverfahren verwiesen. Er hat vorgetragen, jedenfalls müsse sich die Klägerin auf die Klageforderung den Betrag anrechnen lassen, den sie aus dem Verkauf des mit einem Teil der Darlehenssumme angeschafften PKW C. erhalten habe. Darüber hinaus müsse weiter berücksichtigt werden, dass die Klägerin von der ausgezahlten Darlehenssumme, die er zum Teil auf ein gemeinsames Festgeldkonto eingezahlt gehabt habe, 12.000,00 € abgehoben und für eigene Zwecke verwendet habe. 4

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen, da die Klägerin nicht habe beweisen können, dass der Beklagte die Darlehenssumme abredewidrig verwandt habe. Auch ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch bestehe nicht, da die Parteien im Rahmen des Güterrechtsverfahrens eine anderweitige Vereinbarung im Sinne des § 426 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Form eines Vergleichs getroffen hätten. 5

Gegen das ihr am 07.12.2009 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer bei Gericht am 18.12.2009 eingegangenen Berufung, die sie mit am 04.02.2010 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz begründet hat. 6

Die Klägerin, die ihren Klageantrag auf 19.585,00 € reduziert hat, wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie meint, für eine zweckwidrige Verwendung des Darlehens durch den Beklagten spreche bereits, dass im Kreditantrag für das Darlehen als Verwendungszweck "Hausumbau in Spanien" angegeben gewesen sei, hierfür auch dringend benötigt, aber dann nicht verwendet worden sei. Diese Vermutung habe der Beklagte nicht widerlegen können. Insoweit habe das Landgericht die Beweislastfrage verkannt. 7

Hinsichtlich des für den Verkauf des C. 111 erzielten Kaufpreises von 20.000,00 € müsse bedacht werden, dass der Käufer den Kaufpreis für Überführungskosten von Spanien nach Deutschland auf 16.915,00 € verringert habe. Außerdem habe der Beklagte den in die güterrechtliche Ausgleichsberechnung eingestellten D., K. der einen Wert von 7.000,00 € gehabt habe, erhalten. 8

Die vom Festgeldkonto abgehobenen 12.000,00 € seien "eigenes" Geld gewesen. 9

Im Übrigen vertritt die Klägerin die Auffassung, dass im güterrechtlichen Verfahren gerade keine anderweitige Bestimmung dahin getroffen worden sei, dass sie alleine die Darlehenslasten tragen solle. Hierüber sei gerade vehement gestritten worden.

Soweit der Beklagte hinsichtlich evt. noch bestehender Zahlungsansprüche hilfsweise die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung wegen alleiniger Nutzung des gemeinsamen Hauses in E./Spanien durch die Klägerin erklärt hat, tritt die Klägerin solchen Ansprüchen mit dem Vortrag entgegen, solche Ansprüche könnten schon deswegen nicht geltend gemacht werden, weil das Haus in Folge Renovierungsstaus praktisch unbewohnbar und auch nicht vermietbar sei. Einen zu entschädigenden Nutzungswert habe das Haus nicht. 11

Die Klägerin beantragt, 12

den Beklagten unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu verurteilen, an die Klägerin 19.585,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 13

Der Beklagte beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil. 16

Hilfsweise erklärt er die Aufrechnung mit ihm zustehenden Ansprüchen auf Zahlung von Nutzungsentschädigung wegen der unstreitigen alleinigen Nutzung des gemeinsamen Hauses in E./Spanien seit der Trennung der Parteien, dessen erzielbare Miete laut zu den Akten gereicher Übersicht für erzielbare Mieten vergleichbarer Objekte für 2007 bei ca. 2.000,00 € liege. Der ihm zu erstattende Hälfteanteil liege bei 1.000,00 € monatlich. Unter Berufung auf die vorgenannte Preisliste habe er die Klägerin mit Schreiben vom 04.07.2007 (vgl. Bl. 324 f. GA) zur Zahlung aufgefordert. Die Immobilie der Parteien liege 800 m vom Haupt-M.-Strand entfernt, verfüge über einen eigenen neuen Pool – so das Schreiben 04.07.2007 -, Garage, Stellplätze, große Terrasse und ein separates Studio. 17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst in Bezug genommener Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren verwiesen. 18

II. 19

Die zulässige – insbesondere frist- und formgerecht eingelegte – Berufung der Klägerin hat in der Sache letztlich keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht ist die Zahlungsklage der Klägerin abweisungsreif. 20

Mit dem Landgericht geht der Senat davon aus, dass der Klägerin gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 StGB zusteht. 21

Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 246 Abs. 2 StGB scheitert schon daran, dass die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin weder die objektiven noch die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen für eine veruntreuende Unterschlagung dargetan hat. 22

Als Auffangtatbestand dient § 246 StGB dem Eigentumsschutz an beweglichen Sachen. Strafbar macht sich danach derjenige, der eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet.

Erhebliche Zweifel bestehen bereits, ob das Tatbestandsmerkmal "fremde bewegliche Sache" erfüllt ist. Das setzt voraus, dass sich der Beklagte das Darlehen in Höhe von 59.000,00 € hätte auszahlen lassen und die Klägerin zumindest Miteigentümerin des Geldes im Zeitpunkt der Auszahlung geworden wäre. Hierzu fehlt aber konkreter Sachvortrag. Denn nicht ausreichend für eine Unterschlagung ist es, wenn der Beklagte die Darlehenssumme auf eines der gemeinsamen Konten überwiesen und dann frei darüber verfügt hätte. Dem Vortrag der Klägerin kann nicht entnommen werden, dass ein Auszahlungsmodus gewählt worden war, wonach sie zunächst Miteigentümerin des Geldes geworden wäre. 24

Jedenfalls scheitert aber eine veruntreuende Unterschlagung wie auch eine näher liegende Untreue nach § 266 StGB daran, dass die Klägerin nicht hat nachweisen können, dass der Beklagte die Darlehenssumme zweckentfremdet gegen den Willen der Klägerin verwendet hat. Der Beklagte hat den Vortrag der Klägerin "zur Verschleuderung des Darlehens mit der neuen Freundin" substantiiert bestritten. Vielmehr sei das Geld im Einvernehmen mit der Klägerin zur Anschaffung des C. verwendet worden. Ein weiterer Teil von 17.000,00 € soll einvernehmlich auf das gemeinsame Festgeldkonto eingezahlt und der Rest gemeinsam verbraucht worden sein, wobei ein Teil hiervon für Renovierungsarbeiten für das Haus in E./Spanien eingesetzt worden sein soll. Dem ist die Klägerin nicht mit geeigneten Beweismitteln entgegengetreten. Sie ist damit beweisfällig für eine nicht einvernehmliche Verwendung des Darlehens geblieben. 25

Der Klägerin kommt auch keine Beweiserleichterung zugute. Für sie streitet keine tatsächliche Vermutung für eine zweckentfremdete und absprachewidrige Verwendung des Darlehens durch den Beklagten. Nicht ausreichend erscheint insoweit, dass im Kreditantrag für das Darlehen als Verwendungszweck "Hausumbau in Spanien" angegeben worden war. Denn dies rechtfertigt nicht den Erfahrungssatz, dass die Darlehensnehmer das beantragte Darlehen auch tatsächlich für den angegebenen Zweck (vollständig) verwenden wollten. Zudem ist unstreitig, dass Teile des Darlehens der Klägerin zugeflossen sind, nämlich bei ihr verbleibende 16.915,00 € für den Verkauf des ihr überlassenen C. sowie 12.000,00 €, die sie später selbst vom gemeinsamen Festgeldkonto abgehoben hatte. Soweit die Klägerin hier vorgetragen hat, diese abgehobenen 12.000,00 € stünden mit dem Darlehen in keinerlei Verbindung, sie hätten ursprünglich aus ihrem Vermögen gestammt, ist dies zu pauschal, um berücksichtigt zu werden. Das Geld wurde vom Festgeldkonto abgehoben, auf dem sich die eingezahlten 17.000,00 € als Festgeld befanden. Dieses stammte aus dem Darlehen, so dass es auf der Hand liegt, dass sich die Klägerin von dem ausgezahlten Darlehen bediente. Schließlich kann auch nicht festgestellt werden – insoweit fehlt jedenfalls konkreter Vortrag der Klägerin hierzu –, dass diese selbst dann die "erhaltenen" 28.915,00 € in den "Hausumbau in Spanien" investiert hätte. 26

Fehlt es aber an einem nachweisbaren Straftatbestand, scheidet ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB aus. 27

Zutreffend geht allerdings die Klägerin davon aus, dass sie – wie "hilfsweise" begehrt – nach § 426 Abs. 1 BGB im Rahmen des familienrechtlichen Gesamtschuldnerausgleichs verlangen kann, dass der Beklagte die Hälfte der Belastungen aus dem Darlehen zu tragen hat und ausgleichspflichtig ist, soweit die Klägerin hierauf Leistungen durch Bedienen der Darlehensraten erbracht hat. 28

Eine anderweitige Regelung im Sinne des § 426 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB haben die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart. Insbesondere kann vorliegend nicht angenommen werden, dass mit dem "Zugewinnvergleich" im Güterrechtsverfahren auch diese Ansprüche erledigt sein sollten.

Hiervon könnte nur dann ausgegangen werden, wenn die Klägerin im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens eine Auskunft über ihr Endvermögen abgegeben hätte, in der sie unter Hinweis auf eine an sich gegebene Gesamtschuld gemeinsame Verbindlichkeiten voll zu Lasten ihres Endvermögens eingesetzt und der Beklagte seinen Klageanspruch auf Ausgleich des Zugewinns auf die Grundlage der Auskunft der Klägerin zu ihrem Endvermögen gestellt hätte. Darin läge dann die - stillschweigend abgeschlossene - Vereinbarung, dass der Beklagte auf der Grundlage der Endvermögensauskunft eine Kürzung seines Zugewinnausgleichsanspruchs hinnimmt und im Innenverhältnis aus der gesamtschuldnerischen Haftung entlassen wird (so OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1195 ff.; vgl. auch BGH, 1987-09-30, IVb ZR 94/86, FamRZ 1987, 1239).

Vorliegend verhält es sich aber so, dass zwar die Klägerin die Forderung zunächst voll auf ihrer Seite in die Ausgleichsberechnung eingesetzt hatte, der Beklagte dies aber gerade nicht akzeptierte, so dass eine konkludente einvernehmliche Regelung dieser streitigen Position ausscheidet. Vielmehr stritten die Parteien im Güterrechtsverfahren sodann heftigst über die Berechtigung von Ausgleichs- bzw. Schadensersatzansprüchen der Klägerin gegen den Beklagten wegen dieses Darlehens. Von einer anderweitigen (konkludenten) Regelung kann bei dieser Sachlage nicht ausgegangen werden. Diese kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass die Klägerin nunmehr die alleinige Haftung gegenüber der Bank übernommen hat. Auch hier fehlt es an einem feststellbaren Einvernehmen.

Fällig ist der Ausgleichsanspruch nur bezüglich der bereits von der Klägerin erbrachten Darlehensraten, da ein Zahlungsanspruch nur hinsichtlich schon geleisteter Ausgleichsforderungen besteht. Nur hierauf hat die Klägerin auch ihren Ausgleichsanspruch gestützt. Den Freistellungsantrag hat sie nicht gestellt.

Gezahlt hat die Klägerin mittlerweile 96 Raten à 350,56 €, also 33.653,76 €. Auszugleichen sind vom Beklagten damit $33.653,76 \text{ €} / 2 = 16.826,88 \text{ €}$. In Anbetracht der dem Beklagten gut zu bringenden $28.915,00 \text{ €} / 2 = 14.457,50 \text{ €}$ (hälftiger Verkaufserlös BMW und hälftige 12.000,00 € vom Festgeldkonto) und seinem bisherigen gezahlten Haftungsanteil von 16.826,88 € verbleibt ein offener Betrag von 2.369,38 €.

Soweit die Klägerin meint, der von ihr vom Festgeldkonto abgehobene Betrag von 12.000,00 € könne nicht verrechnet werden, da sie insoweit "eigenes Geld" abgehoben habe, kann dem nicht gefolgt werden. Insoweit fehlt es schon an substanziiertem Vortrag; jedenfalls ist die Klägerin insoweit beweisfällig geblieben.

Auch den Gegenwert für den dem Beklagten zur Verfügung gestellten D. K. kann die Klägerin nicht verrechnen. Der K. ist in die güterrechtliche Ausgleichsbilanz einvernehmlich eingestellt worden und somit jedenfalls im Rahmen des Zugewinnvergleichs berücksichtigt.

Gleiches gilt für die weiter hilfsweise geltend gemachten Ausgleichsansprüche aus 3 weiteren von der Klägerin bedienten gemeinsamen Darlehen bei der Stadtparkasse Hannover zu Kto-Nrn. 0000000000, 0000000001 und 0000000002 in Höhe eines hälftigen Gesamtbetrags von 7.646,56 €. Auch hier ist davon auszugehen, dass auf Grund der von den

Parteien gewählten Behandlung dieser 3 Darlehen in den jeweiligen Ausgleichsbilanzen von einer einvernehmlichen anderweitigen Regelung auszugehen ist. Denn die Klägerin hat im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens eine Auskunft über ihr Endvermögen abgegeben, in der sie unter Hinweis auf eine an sich gegebene Gesamtschuld die 3 gemeinsamen Darlehen voll zu Lasten ihres Endvermögens eingesetzt hat und der Beklagte dies auf der Grundlage der Auskunft der Klägerin zu ihrem Endvermögen akzeptiert hat.	
Anders verhält es sich bezüglich des aus dem gemeinsamen Hausverkauf B. 2 B in H stammenden Überschusses von 7.147,45 €, der nicht hälftig aufgeteilt worden ist, sondern von der Bank voll mit einer alleinigen Verbindlichkeit des Beklagten verrechnet wurde. Hier besteht der geltend gemachte hälftige Ausgleichsanspruch in Höhe von 3.573,73 €. Verwendet nämlich einer der Ehegatten nach dem Verkauf eines gemeinsamen Grundstücks Teile des dem anderen zustehenden Verkaufserlöses zur Ablösung von Grundpfandrechten, so steht diesem ein Regressanspruch in Höhe des Beitrags an der Tilgung zu, weil der andere Ehegatte im Innenverhältnis allein zur Tilgung verpflichtet war (so OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1195 ff.).	37
Damit ergibt sich zum Juni 2010 ein rechnerischer Ausgleichsanspruch der Klägerin aus § 426 Abs.1 Satz 1 BGB in Höhe von 5.943,11 €.	38
Aber auch diesen Betrag kann die Klägerin nicht verlangen, da der Beklagte wirksam mit einer Gegenforderung aus §§ 743, 745 BGB auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die alleinige Nutzung des gemeinsamen Hauses seit August 2007 hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat und damit der Anspruch durch die wirksam erklärte Aufrechnung gemäß §§ 389, 387, 388 BGB erloschen ist. Mit dem Zahlungsbegehren im Juli 2007 war das Verlangen auf Neuregelung der Nutzung und Verwaltung der gemeinsamen in Spanien liegenden Immobilie dahin verbunden, dass die Klägerin nunmehr für die Nutzung des dem Beklagten gehörenden Teils eine Nutzungsentschädigung zu zahlen hatte. Eine solche Entschädigung stand dem Beklagten auch zu, da die Klägerin dem Beklagten jegliche Mitnutzung nach der Trennung der Parteien verweigerte und die Immobilie selbst nutzte.	39
Zu erstatten ist der ortsübliche Mietzins. Der Senat geht davon aus, dass auch unter Berücksichtigung des Renovierungsstaus und der von der Klägerin getragenen Hauslasten in Anbetracht der nicht bestrittenen guten Lage und der Größe des Objektes eine Nutzungsentschädigung in Höhe von jedenfalls 250,00 €/Monat für den von der Klägerin mit genutzten Anteil des Beklagten geschätzt werden kann, ohne dass es weiterer Sachaufklärung bedarf. Bei einem Ausgleichsanspruch der Klägerin von heute 5.943,11 € und einer zu zahlenden monatlichen Nutzungsentschädigung von 250 € ist der Ausgleichsanspruch durch die erklärte Aufrechnung bereits bei rund 24 ausstehenden monatlichen Zahlungen erloschen.	40
Das Schreiben des Beklagten vom 14.07.2010 ist schon wegen § 78 ZPO unbeachtlich und veranlasst nicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.	41
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten waren wie tenoriert zu quoteln, da auch der Beklagte teilweise unterlegen ist. Nur wegen der erklärten Hilfsaufrechnung ist die Berufung der Klägerin vollständig ohne Erfolg geblieben ist.	42
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO.	43
Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt einschließlich des Hilfsantrags und der Hilfsaufrechnung 26.671,45 € + 5.943,73 € = 32.615,18 €.	44

