

# Urteil Az. 22 U 46/02\*

OLG Hamm

10. Oktober 2002

## Tenor

- 1 Die Berufung der Beklagten gegen das am 11.01.2002 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.
- 2 Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- 3 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- 4 Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Den Parteien wird nachgelassen, Sicherheit auch durch selbstschuldnerische, unbedingte und unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.
- 5 Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 EUR.

## Tatbestand

- 6 Die Parteien sind deutsche Staatsangehörige. Sie heirateten am 14.05.1993 in C. Am 05.06.1993 schlossen sie einen Güterrechtsvertrag vor dem Notar G in C ab, in dem sie Gütertrennung vereinbarten. Die Parteien wohnten nach ihrer Heirat zunächst in einem Haus des Klägers, L-Straße in C. Seit 1994 haben sie in einem weiteren Haus des Klägers auf J1 gelebt, wobei zwischen ihnen streitig ist, ob sie ausschließlich dort wohnten und ihren Lebensmittelpunkt in C aufgegeben hatten oder nur zeitweilig auf J1 lebten.
- 7 Im Oktober 1998 erhielt die Beklagte erstmals Kenntnis von Trennungsabsichten des Klägers und wandte sich an ihre erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten.

---

\*<http://openjur.de/u/91285.html> (= openJur 2011, 19408)

Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.11.1998 an die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten teilte der Kläger mit, daß er die Ehe der Parteien für zerrüttet halte und ab sofort von seinem Recht des Getrenntlebens Gebrauch mache. Eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft komme für ihn nicht in Betracht. Die Bevollmächtigten der Beklagten bestätigten daraufhin mit Schreiben vom 18.11.1998 den Eingang des Schreibens vom 13.11.1998 und teilten mit, daß sie die Beklagte am selben Tag fernmündlich über den Eingang des Schreibens informiert hätten.

- 8 Der Kläger hatte der Beklagten vor der Trennung Vollmacht für seine Bankkonten erteilt. Die Beklagte stellte am 19.11.1998 auf J1 zwei Schecks auf Konten des Klägers aus. Ein Scheck in Höhe von 40.000,00 DM bezog sich auf ein Konto des Klägers bei der Stadtsparkasse in C. Einen weiteren Scheck in Höhe von 12.000,00 Sfr stellte die Beklagte auf ein Konto des Klägers bei der D-Bank in T1 aus. Die Beklagte ließ beide Schecks über die spanische C1 einziehen. Die bezogenen Konten wurden mit den Scheckbeträgen am 27.11.1998 belastet und der Gegenwert entsprechend der Anweisung der Beklagten auf einem Konto von ihr in Spanien gutgeschrieben.
- 9 Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.01.1999 widerrief der Kläger gegenüber den Bevollmächtigten der Beklagten sämtliche Bankvollmachten der Beklagten und forderte die Rückgabe aller Schecks und Bankhaben. Ferner drohte er im Schreiben an, die Beklagte schadensersatzpflichtig zu machen, sollte sie abredewidrig weitere Abhebungen vornehmen. Durch anwaltliches Schreiben vom 22.03.1999 verlangte der Kläger die Rückzahlung verschiedener Beträge von der Beklagten, u.a. den Betrag von 40.000,00 DM, mit dem am 27.11.1998 das Konto des Klägers bei der Stadtsparkasse C belastet worden war. Darüber hinaus kündigte der Kläger an, im Falle weiterer rechtsmißbräuchlicher Vermögensverfügungen der Beklagten in Spanien und in der Schweiz noch gesonderte Ansprüche geltend zu machen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 24.03.1999 lehnte die Beklagte eine Rückzahlung der Beträge ab.
- 10 Durch Urteil des Amtsgerichts Bocholt vom 02.07.2002 (14 F 229/99) wurde die zwischen den Parteien bestehende Ehe geschieden und eine Stufenklage der Beklagten auf Auskunftserteilung und Zahlung von nachehelichem Unterhalt abgelehnt. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Das Amtsgericht führte zur Begründung aus, der Unterhaltsanspruch der Beklagten sei nach §1579 Ziff. 2 BGB verwirkt, da sie sich gegenüber dem Kläger der Untreue nach §266 StGB strafbar gemacht habe, als sie unter Mißbrauch ihrer Vollmachten von Konten des Klägers bei der Stadtsparkasse C 40.000,00 DM und bei der D-Bank/T1 12.000,00 Sfr abgehoben habe.
- 11 Der Kläger hat zunächst die Auffassung vertreten, daß das Landgericht Münster zur Entscheidung als Wohnsitzgericht zuständig sei. Hierzu hat er vorgetragen, die Beklagte - das ist zwischen den Parteien unstrittig - sei noch im August 2001 unter der Anschrift L-Straße in C gemeldet gewesen. Hilfsweise hat sich der

Kläger auf den Gerichtsstand der Vermögensverwaltung bzw. der unerlaubten Handlung berufen.

- 12 Der Kläger hat behauptet, die Parteien hätten sich Ende September 1998 endgültig voneinander getrennt. Die von der Beklagten getätigten Überweisungen seien ohne seine Kenntnis und sein Einverständnis erfolgt. Die Beklagte sei im Innenverhältnis nur befugt gewesen, Abhebungen zu tätigen, die der ehelichen Lebensgemeinschaft dienten. Sie habe die Scheckbeträge aber allein für eigene Interessen einziehen lassen. Dieses ergebe sich schon aus den Aussagen der Beklagten im Scheidungsverfahren. Auch habe die Beklagte ungewöhnlich hohe Beträge abgehoben, die die bisher von ihr getätigten Kontoumsätze überschritten hätten. Durch das Schreiben vom 18.01.1999 habe er nicht auf einen Rückzahlungsanspruch verzichtet. Im übrigen ist der Kläger der Ansicht gewesen, daß die Vollmacht der Beklagten mit der Trennung entfallen sei, so daß sie nicht mehr als Berechtigte habe verfügen können.
- 13 Der Kläger hat ferner behauptet, daß die Beklagte über ein Barvermögen von 174.000,00 DM verfüge und das Geld noch vorhanden sei. Er hat die Auffassung vertreten, ein Rückzahlungsanspruch bestehe unabhängig von einem etwaigen Unterhaltsanspruch der Beklagten. Ein solcher Anspruch lasse die Rechtsmißbräuchlichkeit der Überweisung nicht entfallen. Darüber hinaus stünde der Beklagten ein Unterhaltsanspruch nicht zu.
- 14 Der Kläger hat beantragt,
- 15 die Beklagte zu verurteilen, an ihn 54.800,00 DM nebst 8,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 16 Die Beklagte hat beantragt,
- 17 die Klage abzuweisen.
- 18 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klage sei unzulässig, weil das Landgericht Münster international, hilfsweise sachlich und örtlich unzuständig sei. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, weder sie noch der Kläger hätten seit 1994 einen Wohnsitz in Deutschland gehabt, sondern in der Wohnung "D" auf J1 gelebt. Die Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, sie habe insbesondere bei Klageerhebung keinen Wohnsitz in C gehabt.
- 19 Hilfsweise hat sie geltend gemacht, die Klage sei unbegründet. Sie ist der Ansicht gewesen, es sei spanisches Recht anzuwenden, da beide Parteien seit 1994/1995 ihren Wohnsitz in Spanien gehabt hätten. Darüber hinaus habe sie durch die vorgenommenen Abbuchungen nicht rechtsmißbräuchlich gehandelt. Die Parteien seien sich einig gewesen, daß das auf den Konten eingezahlte Geld beiden gemeinsam zustehen sollte. Sie hätten das Geld für gemeinsame, aber auch für eigene Bedürfnisse verwenden dürfen. Die Alleininhaberschaft des Klägers bezüglich

der Bankkonten hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten. Jedenfalls sei ihre Bankvollmacht im November 1998 nicht erloschen. Die Beklagte hat behauptet, die Parteien hätten sich erst im Jahr 1999 getrennt. Man habe trotz des Schreibens vom 13.11.1998 weiter harmonisch zusammengelebt. Die Beklagte hat ferner die Ansicht vertreten, der Kläger habe auch deshalb keinen Rückzahlungsanspruch, weil er geleisteten Familienunterhalt zurückverlange. Zweck der Einziehung der beiden Schecks seien Mittelvorauszahlungen für die gemeinsame Lebensführung gewesen. Die Parteien hätten im November 1998 pro Monat 20.000,00 DM für die Lebensgestaltung ausgegeben. Sie habe dem Kläger für das Konto, auf dem die Scheckbeträge eingezahlt worden seien, Kontovollmacht erteilen bzw. die Gelder später auf ein gemeinsames Konto überweisen bzw. den Lebensunterhalt mit den Geldern bestreiten wollen. Einen konkreten Anlaß für die Höhe der Abhebung habe es nicht gegeben, allerdings sei sie auch unsicher gewesen, wie es weitergehen solle. Das Einverständnis des Klägers mit der Abhebung zeige sich auch darin, daß er mit Schreiben vom 18.01.1999 nur die Rückforderung weiterer Abhebungen nach diesem Zeitpunkt angedroht habe.

- 20 Die Beklagte hat den Einwand der Verwirkung und die Einrede aus §§818 Abs. 3, 821 BGB geltend gemacht.
- 21 Hilfsweise hat sie die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Zahlung des Familienunterhalts, Wirtschaftsgeldes und Taschengeldes für die Zeit bis zur Trennung erklärt, nachrangig auch mit Ansprüchen auf Trennungsunterhalt bzw. Teilunterhaltsansprüchen ab November 1998. Hilfsweise hat sie wegen der Unterhaltsansprüche aus zurückliegender Zeit und laufenden Unterhaltsansprüchen sowie dem Anspruch auf Herausgabe ihrer persönlichen Sachen aus den Wohnungen ein Zurückbehaltungsrecht an der Forderung geltend gemacht.
- 22 Der Kläger hat demgegenüber die Auffassung vertreten, der Beklagten stünden keine Gegenforderung zu. Auch sei die Geltendmachung der angeführten Ansprüche im Wege der Aufrechnung oder im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts nach §393 BGB unzulässig.
- 23 Das Landgericht hat die Parteien gemäß §141 ZPO angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll der Sitzung vom 16.11.2001 verwiesen.
- 24 Durch am 11.01.2002 verkündetes Urteil hat das Landgericht Münster der Klage in der Hauptsache stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, das Landgericht Münster sei nach §13 ZPO für die Entscheidung zuständig. Dem Kläger stehe ein Anspruch gemäß §§687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB bzw. aus positiver Vertragsverletzung auf Herausgabe bzw. Ersatz der im Wege des Bankeinzuges am 27.11.1998 vereinnahmten Beträge nebst 4 % Zinsen seit dem 04.07.2002 zu. Die von der Beklagten hilfsweise geltend gemachten Gegenrechte der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts kämen wegen §393 BGB nicht zum Zuge.
- 25 Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt

und diese begründet.

- 26 Die Beklagte nimmt auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Darüber hinaus ist sie der Auffassung, ein deutscher Gerichtsstand sei nicht nach Art. 5 EuGVÜ begründet, insbesondere greife Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ nicht ein. Nach Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ sei der Wohnsitz der räumliche Schwerpunkt der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person. Beide Parteien hätten aber seit 1994 ihren Wohnsitz in Spanien gehabt. Sie hätten Deutschland nur noch zu Urlaubszwecken besucht. Demgemäß habe der Kläger seine Zahnarztpraxis zunächst vermietet und dann 1995 verkauft. Auch nachdem der Kläger die Beklagte aus der gemeinsamen Wohnung geworfen habe habe sie weiter auf J1 gelebt. Der Kläger sei vor dem Prozeß selbst davon ausgegangen, daß sie nicht mehr in C lebe und habe sie daher mit Schreiben vom 28.05.1999 aufgefordert, ihre persönlichen Sachen dort abzuholen. Die Auffassung, daß beide Parteien ihren gemeinsamen Wohnsitz auf J1 hätten, habe der Kläger im Oktober 1999 gegenüber der spanischen Anwältin, aber auch im Scheidungsverfahren erwähnt. Der Kläger selbst sei - unstreitig - seit dem 14.04.1999 wieder in C gemeldet.
- 27 Die Anwendung deutschen Rechts auf den vorliegenden Fall ergebe sich auch nicht aus der Verordnung über die Rechtsanwendung deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebietes vom 07.12.1942. Vielmehr sei materielles spanisches Recht nach den Bestimmungen der Art. 38 ff EGBGB a.F. anwendbar.
- 28 Ferner ist die Beklagte der Ansicht, sie habe keine Vollmachten mißbraucht. Sie vertritt weiter die Auffassung, der Güterrechtsvertrag sei sittenwidrig und damit bestünde der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Sie sei nämlich vom Notar G bei Abschluß des Güterrechtsvertrages anwaltlich falsch beraten worden. Da die Gelder auf den Konten beiden Parteien gemeinsam zugestanden hätten, sei sie im Falle einer Trennung 1998 berechtigt gewesen, die Hälfte des Betrages abzuheben. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung nach dem anwendbaren spanischen Recht. Die Verjährung von einem Jahr gelte auch, soweit bezüglich des schweizerischen Kontos nach §38 Abs. 2 EGBGB a.F. schweizerisches Recht anwendbar sei. Schließlich vertritt die Beklagte die Auffassung, die Geltendmachung der Gegenrechte sei nicht treuwidrig. Die Beklagte behauptet, sie habe im November 1998 und danach einen offenen Unterhaltsbedarf gehabt, der vom Kläger auch anerkannt und zur Regelung angeboten worden sei. Durch sein Einverständnis mit den Kontobelastungen habe er diesen teilweise erfüllt.
- 29 Die Beklagte beantragt,
- 30 das Urteil des Landgerichts Münster abzuändern und die Klage abzuweisen.
- 31 Der Kläger beantragt,

- 32 die Berufung zurückzuweisen.
- 33 Der Kläger nimmt auf sein erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Er vertritt die Auffassung, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergebe sich nach dem EuGVÜ bzw. dem EuGVVO durch den Wohnsitz der Beklagten in C. Nach §7 Abs. 3 ZPO sei der Wohnsitz in C nicht aufgehoben worden. Die Zuständigkeit des Landgerichts ergebe sich außerdem nach Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ, da die streitgegenständlichen Handlungen der Beklagten vorrangig das Konto in C betroffen hätten. In der Sache sei nach Art. 38 Abs. 2 EGBGB a.F. deutsches Recht anwendbar. Etwas anderes ergebe sich auch nicht nach Art. 39 EGBGB a.F.; die Beklagte habe nicht als Geschäftsführerin ohne Auftrag gehandelt, sondern sie habe sich eine Eigengeschäftsführung angemäkt. Zudem habe der Kläger sein Bestimmungsrecht nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB a.F. konkludent mit seinem erstinstanzlichen Vortrag ausgeübt. Der Kläger vertritt die Auffassung, das Schreiben vom 18.01.1999 enthalte keinen Verzicht auf entstandene Schadensersatzforderungen. Er hat behauptet, er habe zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Kenntnis von der Kontobelastung gehabt. Schließlich trägt er vor, der Beklagten stünden keine Unterhaltsansprüche gegen ihn zu. Einer Aufrechnung stehe zudem §530 Abs. 2 ZPO entgegen.
- 34 Wegen des Parteivortrags im einzelnen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

## Gründe

- 35 Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landgericht Münster ist international und örtlich zuständig. Deutsches materielles Recht ist anwendbar. Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte leitet sich in der vom Landgericht ausgeurteilten Höhe aus §§826, 823, 687, 667 BGB her. Gegenrechte gegen den Schadensersatzanspruch stehen der Beklagten nicht zur Verfügung.
- 36 Das Landgericht Münster ist international und örtlich zuständig.
- 37 Da das Fehlen der internationalen Zuständigkeit des Landgerichts Münster bereits in der Klageerwiderung vom 12.07.2001 gerügt worden und mit dieser Rüge verhandelt ist, greift §39 ZPO nicht ein; es hat vielmehr eine Prüfung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte zu erfolgen. Auch §606 a ZPO kommt mangels Vorliegens einer Ehesache im Sinne des §606 Abs. 1 ZPO nicht zur Anwendung.
- 38 Vorrangig für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Verhältnis der Bundesrepublik zu Spanien ist das EuGVÜ.

- 39 Fraglich ist allerdings, ob das Übereinkommen für Zivil- und Handelssachen gemäß Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 EuGVÜ im vorliegenden Fall anwendbar ist. Nach der Vorschrift ist es nämlich nicht auf die ehelichen Güterstände anzuwenden. Zwar liegt ein Streit aus oder um einen ehelichen Güterstand im engeren Sinne nicht vor. Die Vorschrift ist allerdings weiter zu verstehen: Erfasst sind auch Streitigkeiten in Bezug auf die gegenseitigen Verwaltungs- und Verfügungsrechte über das dem Ehegatten gehörende Vermögen während der Ehe und nach deren Auflösung zwischen den Ehegatten untereinander, ausnahmsweise auch zwischen Ehegatten und Dritten, wegen solcher Rechte an oder auf Vermögen, die sich aus der ehelichen Beziehung ergeben (Schlosser - Bericht zu dem Übereinkommen, Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften Nr. C 59/89 Rdn. 50). Daß das Vermögen aufgrund der Einrichtung eines Güterstandes verwaltet wird, ist nicht erforderlich. Nach EuGH IPRax 1983, 77 sind mit der Übereinkunft alle vermögensrechtlichen Beziehungen erfasst, die sich unmittelbar aus der Ehe oder ihrer Auflösung ergeben. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte aufgrund der Ehe und zur Ausgestaltung und Finanzierung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Kläger von jenem nach seinem Vortrag die Vollmacht über seine Konten erlangt und der Kläger trägt vor, daß diese mit der Trennung der Parteien endete. Es handelt sich nicht um eine bloße Zivilsache. Erweist sich die Behauptung der Beklagten als richtig, sie habe im Einverständnis mit dem Kläger zur Finanzierung der ehelichen Lebensgemeinschaft gehandelt, verbleibt es bei der Ehebezogenheit der Vollmacht. Danach kommt das EuGVÜ im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung. Es gelten vielmehr die Regeln der §§13, 29, 32 ZPO. Diese enthalten im übrigen die gleichen Anknüpfungspunkte wie das EuGVÜ, nämlich Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ Wohnsitz, Art. 5 Ziff. 1 EuGVÜ Erfüllungsort und Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ unerlaubte Handlung.
- 40 Ein Wohnsitz im Sinne des §7 BGB der Beklagten in Deutschland ist nicht gegeben. Zwar hatte sie diesen mit ihrem Ehemann in dem Haus C, L-Straße begründet. Ab 1994 ist sie jedoch mit dem Kläger nach J1 gezogen, zunächst in eine gemeinsame Wohnung im Anwesen "D" in T2. Eine tatsächliche Niederlassung in Deutschland haben die Parteien nicht mehr bezogen. Daß sie das Haus in C als Standbein nicht verkauft haben, daß die Beklagte die Kosten für das Haus mit dem Kläger trug und es durch den gemeinsamen Sohn betreuen ließ, daß die Beklagte es zu Urlaubszwecken oder wegen einer Heizungsreparatur aufgesucht hat, sie bis 2001 in C ordnungsbehördlich gemeldet war, ändert nichts daran, daß die Beklagte ihre tatsächliche Niederlassung in C mit dem Willen aufgegeben hat, den Wohnsitz an diesem Ort nicht mehr zu haben und den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse vom bisherigen Wohnort nach Spanien zu verlegen (Bay-ObLG NW-RR 1998, 85). Ein Doppelwohnsitz kommt nur in Betracht, wenn beide Wohnsitze den Schwerpunkt der Lebensführung darstellen (im Sommer Landhaus, im Winter Stadtwohnung vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., §7 Rdn. 13; BVerwG NJW 1986, 674). Das ist hier nicht ersichtlich.
- 41 Auch greift §29 ZPO nicht ein. Diese Vorschrift erfasst allein Streitigkeiten aus Vertragsverhältnissen. Unter §29 ZPO fallen nicht solche aus gesetzlichen

Schuldverhältnissen wie Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung (Zöller-Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., §29 Rdn. 14; Baumbach-Hartmann, ZPO, 59. Aufl., §29 Rdn. 3). Allerdings kann üblicherweise ein Auftrag als Grundlage der Vollmachtserteilung in Betracht kommen. Im vorliegenden Fall dürfte diese jedoch allein auf die eheliche Lebensgemeinschaft der Parteien zurückzuführen sein.

- 42 Die internationale und örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Münster ist jedoch gemäß §32 ZPO gegeben.
- 43 Nach §32 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen ist, zuständig. Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (zitiert in BGH NJW 2002, 1425) kann im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nur über Ansprüche aus Delikt, nicht wegen Sachzusammenhangs aus Vertrag bzw. PFV entschieden werden. Ob der Bundesgerichtshof trotz §17 a Abs. 2 GVG an dieser Rechtsprechung festhält, hat er in BGH NJW 2002, 1425 offengelassen. Der Senat hat sich in der Sache 22 W 65/01 (OLG Hamm NJW-RR 2002, 1291) der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes angeschlossen, weil der Reformgesetzgeber der ZPO keine dem §17 a Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung, einen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in §32 ZPO n.F., vorgesehen hat. Diese Auffassung entspricht der Rechtsprechung des EuGH, der für den Bereich des Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ eine Ausdehnung der Entscheidungskompetenz eines für deliktische Ansprüche zuständigen Gerichts auf andere, nicht deliktische Rechtsgrundlagen verneint hat (EuGH NJW 1988, 3088). BGHZ 132, 105 hat diesen Grundsatz auf den gesamten Bereich der internationalen Zuständigkeit auch außerhalb des EuGVÜ ausgedehnt, so daß er auch im vorliegenden Fall anzuwenden ist (vgl. auch EuGH IPRax 2000, 210).
- 44 Somit kann der Kläger in der örtlichen und internationalen Zuständigkeit des Landgerichts Münster Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen. Auch kann man wohl noch annehmen, daß solche aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der §§687 Abs. 2, 677, 678, 681, 667 BGB wegen des bewußt unberechtigten Eingriffs in die Rechtssphäre des Klägers erfaßt sind. Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung scheiden aus.
- 45 Auch ist die örtliche und internationale Zuständigkeit des Landgerichts Münster aus unerlaubter Handlung bezüglich der Begebung des auf die D-Bank gezogenen Schecks von 12.000,00 Sfr gegeben. Zwar ist bezüglich dieser Scheckbegebung C nicht unmittelbar berührt. Die Tathandlung findet in Spanien statt, der Erfolg, der Schaden, tritt in der Schweiz ein. Einen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gibt es nicht. Die Erstreckung des §32 ZPO auf diesen Teil ist jedoch zu bejahen: Es ist davon auszugehen, daß es sich um ein und dieselbe Tathandlung handelt: die unberechtigte/strafbare Aufstellung und Begebung zweier fremder Schecks an demselben Tag zur Einziehung über dieselbe Bank. Somit liegt Idealkonkurrenz (vgl. §52 StGB) vor, da derselbe Tatbestand mehrmals verletzt

wird. Der Fall ist vergleichbar mit dem Sachverhalt des gleichzeitigen Einwerfens mehrerer Erpresserbriefe, bei dem ebenfalls Idealkonkurrenz anzunehmen ist (Dreher/Tröndle, StGB, 46. Aufl., vor §52 Rdn. 3). Ist jedoch von einer einzigen Tathandlung auszugehen, reicht es aus, wenn ein Schadenstil in C eingetreten ist.

- 46 Eine Zuständigkeit des Familiengerichtes ist dagegen nicht gegeben, da Vermögenauseinandersetzungen zwischen in Gütertrennung lebenden Eheleuten Zivil-, keine Familiensachen sind (Zöller-Philippi, a.a.O. §621 Rdn. 60).
- 47 Die Klage ist somit zulässig.
- 48 I.
- 49 Deutsches materielles Recht ist anwendbar. Das ergibt sich aus Art. 38 a.F. EGBGB. In seiner jetzigen bezüglich der Art. 38 ff EGBGB geänderten Fassung ist es seit 01.06.1999 in Kraft, ohne daß Übergangsvorschriften erlassen worden sind. Das bedeutet: Wenn das maßgebliche Recht wie im vorliegenden Fall bereits vor dem 01.06.1999 unwandelbar feststand, bleibt es bei der Anknüpfung an Art. 38 EGBGB a.F. (vgl. Palandt a.a.O. Vorbemerkungen vor Art. 38 EGBGB Rdn. 1).
- 50 Die bis 01.06.1999 geltende Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigung deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets betrifft dagegen nicht den vorliegenden Fall, weil sie zur Voraussetzung hat, daß beide deutsche Parteien zur Zeit der Handlung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (vgl. Palandt a.a.O. EGBGB Anh. 1 zu Art. 38 EGBGB Rdn. 4). Das ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.
- 51 Nach Art. 38 EGBGB a.F. können aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden als nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Art. 38 EGBGB a.F. unterfallen alle außervertraglichen Tatbestände der Verschuldens- und Gefährdungshaftung wie die §§823 ff BGB und wohl auch §§687 Abs. 2, 677, 678, 681 S. 2, 667 BGB (Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, 3. Aufl. Art. 38 Rdn. 21). Unausgesprochen liegt Art. 38 EGBGB a.F. der allgemeine Grundsatz zugrunde, daß die Rechtsfolgen eines Delikts dann nach dem Recht des Tatorts zu beurteilen sind (Palandt-Heldrich a.a.O. Art. 38 Rdn. 1). Tatort ist sowohl der Handlungs- wie der Erfolgsort (Palandt-Heldrich a.a.O. Rdn. 3). Zwar sind grundsätzlich Orte, an denen Verletzungsfolgeschäden eintreten, keine Erfolgsorte. Wenn jedoch der Schadenseintritt wie bei §266 StGB Tatbestandsmerkmal ist, ist der Schadenseintrittsort Erfolgsort (Münchener Kommentar a.a.O. Art. 38 Rdn. 48, 54 a).
- 52 Im vorliegenden Fall unterfällt auch der auf die D-Bank gezogene Scheck der Anwendung deutschen Rechts. In C ist nämlich der Haupterfolgsort der Tat zu

sehen (Münchener Kommentar a.a.O. Rdn. 54; Staudingervon Hoffmann, EG-BGB, Berlin 2001, Art. 38 Rdn. 118). Darüber hinaus läßt Heldrich das dem Verletzten günstigere Recht vorgehen (Palandt a.a.O. Rdn. 4). Dem schließt sich der Senat an.

- 53 Auch wenn Handlungs- und Erfolgsort einer unerlaubten Handlung in verschiedenen Staaten liegen, entscheidet das dem Verletzten günstigere Recht, das der Richter dann nicht von Amts wegen zu ermitteln hat, wenn der Verletzte selbst - wie hier - die Wahl getroffen hat (Palandt-Heldrich a.a.O. Rdn. 3; Münchener Kommentar-Kreuzer a.a.O. Art. 38 Rdn. 51).
- 54 II.
- 55 1. §826 BGB
- 56 Die Beklagte hat in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise dem Kläger vorsätzlich Schaden zugefügt. Die Vorschrift ist verletzt, weil es sich allein um Konten des Klägers gehandelt und die Beklagte die ihr erteilten Kontovollmachten vorsätzlich mißbraucht hat.
- 57 a)
- 58 Die Konten standen allein dem Kläger zu. Das bestreitet die Beklagte in der Berufungsinstanz auch nicht mehr mit Nichtwissen wie in erster Instanz. Bereits im Schreiben vom 24.03.1999 und bei ihrer Anhörung vor dem Landgericht ist die Beklagte von Konten des Klägers, für die sie ja auch nur Vollmacht hatte, ausgegangen. Dazu paßt auch ihr Vortrag im Scheidungsverfahren (vgl. den Vortrag des Klägers GA 161).
- 59 Jedenfalls hat die Beklagte nicht dargelegt, daß sie trotz der Benennung nur des Klägers als Kontoinhaber auf den Kontoauszügen GA 16, 17 Mitinhaberin war.
- 60 Ob zwischen den Eheleuten nun Gütertrennung, wie im Vertrag vom 05.06.1993 vereinbart, oder mangels einer wirksamen Vereinbarung Zugewinnngemeinschaft bestand, hat mit dieser Frage nichts zu tun. Ob ein Konto nur einem Ehegatten oder beiden zusteht, ist eine Frage der Vereinbarung zwischen den Eheleuten und der Bank. Auch bei Zugewinnngemeinschaft besteht grundsätzlich Gütertrennung ohne gemeinschaftliches Vermögen, §1363 BGB. Die Eheleute erwerben allein Ausgleichsforderungen in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den jeweiligen Zugewinnen der Ehegatten.
- 61 b)
- 62 Es liegt auch ein Mißbrauch der der Beklagten erteilten Vollmachten vor.
- 63 Eine Bankvollmacht über das Alleinkonto des Ehegatten ist üblicherweise von

vornherein auf Zwecke des ehelichen Lebens beschränkt und gilt im Innenverhältnis jedenfalls nur bis zur Trennung der Eheleute (BGH NJW 1988, 1208; Palandt-Brudermüller, BGB, 61. Aufl., §1372 Rdn. 8).

- 64 Ein vorsätzlicher Mißbrauch der Vollmacht wird bereits durch die Art und Weise des Vorgehens der Beklagten deutlich. Denn sie trug aus diesen Beträgen keine Kosten einer gemeinsamen Lebensführung. Hierfür zahlte sie die abgehobenen Beträge auch nicht ein. Sie mißbrauchte die Abhebungen vielmehr zu ausschließlich eigenen Zwecken und wußte damit, daß sie dem Kläger Schaden zufügte. Sie bunkerte die Beträge auf ihrem eigenen Konto für sich (so die Beklagte selbst: "Von irgendwelchem Geld mußte ich ja leben", GA 286). Die Beklagte hat es für möglich gehalten, unsicher gewesen zu sein, wie es weitergehe, GA 287. Sie hat bei ihrer Anhörung in diesem Zusammenhang selbst angegeben, frühere Abhebungen für den gemeinsamen Lebensunterhalt hätten nur zwischen 5.000,00 DM und höchstens 20.000,00 DM betragen, GA 285 vgl. auch die Forderungsaufstellung des Klägers im Schreiben vom 22.03.1999. Die Beklagte hat eingeräumt, daß es einen konkreten Anlaß nicht gegeben habe, eine derart hohe Abhebung vorzunehmen, GA 285.
- 65 Darüber hinaus ist davon auszugehen, daß ihr im Zeitpunkt der Abhebung die Trennungsabsichten des Klägers bekannt waren. Dann macht die Abhebung zu eigenen Zwecken noch mehr Sinn: Die Beklagte baute sich für den Fall der Trennung und Scheidung ein eigenes Reservevermögen auf, das ihr unabhängig von der Frage von Unterhaltsverpflichtungen des Klägers zur Verfügung stand.
- 66 Die Kenntnis der Beklagten von Trennungsabsichten des Klägers ergibt sich aus folgenden Umständen.
- 67 Im Rahmen der Anhörung hat sie eingeräumt, sie sei etwa drei Wochen nach dem 01.10.1998 aus einem Urlaub nach Spanien zurückgekehrt und habe von einem im Krankenhaus liegenden Bekannten erfahren, daß sich der Kläger von ihr scheiden lassen wolle.
- 68 Diese Mitteilung erhärtete sich für die Beklagte, als sie in der Post das Schreiben einer spanischen Anwältin vom 20.10.1998 vorfand, daß ihr ankündigte, der Kläger wolle sich von ihr scheiden lassen.
- 69 Ihr ging dann das Schreiben der Anwälte des Klägers vom 13.11.1998 zu, das mitteilte, die Ehe des Klägers mit ihr sei zerrüttet. Er mache sofort von seinem Recht auf Getrenntleben Gebrauch. Eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft komme für ihn nicht in Betracht.
- 70 Schließlich ergibt sich aus dem Antwortschreiben des Rechtsanwalts der Beklagten vom 18.11.1998 - einen Tag vor der Ausstellung und Einlösung der Schecks -, daß er bereits von der Beklagten mandatiert sei, sie vorläufig informiert und mit ihr über die Trennungsabsicht des Klägers gesprochen habe. Davon geht auch

die Beklagte in der Berufungsinstanz aus, GA 356.

- 71 Mit der Bekanntgabe der Trennungsabsicht waren die ihr erteilten Vollmachten schlüssig erloschen (OLG Bamberg FamRZ 1991, 1058; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 439). Es kommt nicht darauf an, ob der Kläger die Trennung sofort mit Schreiben vom 13.11.1998 vollzog oder mit der Umsetzung bis Anfang 1999 wartete. Entscheidend ist, daß die Beklagte für den Fall der Trennung handelte und der Kläger bis zu seinem Umzug nach Deutschland im April 1999 seine Trennungsabsicht nicht aufgab.
- 72 c)
- 73 Daß der Kläger mit der Abhebung einverstanden war oder sie nachträglich genehmigt hat, ist nicht dargelegt.
- 74 Ein Einverständnis des Klägers mit Abhebungen der Beklagten, zumal zu eigenen Zwecken, ergibt sich nach Bekanntgabe der Trennungsabsicht nicht bereits aus den erteilten Vollmachten.
- 75 Es kommt auch eine nachträglich ausgesprochene Genehmigung des Klägers nicht in Betracht. Der Androhung von Schadensersatz im Schreiben vom 18.01.1999 für den Fall, die Beklagte mache abredewidrig weitere Abhebungen, läßt sich eine solche Genehmigung nicht entnehmen. Das Schreiben enthält keinen Verzicht bestehender Schadensersatzforderungen. Ein Erlaß ist nicht zu vermuten, im Zweifel eng auszulegen (vgl. Palandt-Heinrichs a.a.O. §397 Rdn. 4). Bereits das Schreiben des Klägers vom 22.03.1999 macht einen fehlenden Verzichtswillen unübersehbar deutlich, indem es darauf hinweist, daß die Beklagte 65.000,00 DM unberechtigt abgehoben habe und diese zurückgefordert würden. Auch daraus, daß der Kläger noch eine Krankenversicherung für die Beklagte abschloß und sich für unterhaltspflichtig bis zum Scheidungsverfahren hielt, läßt sich auf eine Genehmigung der Abhebung nicht schließen. Der begleitende Vortrag bereits der Beklagten gibt als Motiv des Klägers wieder, sein Anwalt habe ihm diese Maßnahme im laufenden Scheidungsverfahren empfohlen.
- 76 2.
- 77 Darüber hinaus sind Ansprüche aus §§823 BGB, 266 StGB, §§687 Abs. 2, 677, 678, 681 S. 2, 667 BGB gegeben.
- 78 III.
- 79 Die Zinsausurteilung des Landgerichts ist zutreffend und nicht bestritten worden.
- 80 IV.

- 81 In erster Instanz hat sich die Beklagte auf Verwirkung berufen. Von einem Zeit- und Umstandsmoment kann angesichts der Schreiben vom 18.01.1999, 22.03.1999 und 28.05.1999 des Klägers sowie des seit Oktober 1999 laufenden Scheidungsverfahrens keine Rede sein.
- 82 Auch eine Verjährung kommt selbst unter Heranziehung von Art. 229 EGBGB §6 nicht in Betracht.
- 83 Die Ansprüche aus §687 Abs. 2 BGB verjähren nach altem Recht, §195 BGB, in 30 Jahren, Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., §195 Rdn. 7. Nach Art. 229 §6 Abs. 4 S. 1 EGBGB gilt die kürzere neue Frist von drei Jahren aus §195 BGB n.F. ab 01.01.2002, ist somit keinesfalls abgelaufen.
- 84 Die Verjährungsfrist gemäß §§823 Abs. 2 BGB, 266 StGB, §826 BGB betrug bisher drei Jahre ab Kenntnis, §852 BGB a.F. Die somit frühestens ab Ende November 1998 laufende Frist ist nach altem Recht durch die Klageerhebung am 04.07.2001 unterbrochen worden. Diese Unterbrechung behält ihre Wirkung, Art. 229 EGBGB §6 Abs. 1 S. 2. Gemäß Art. 229 EGBGB §6 Abs. 2 hat sich die Unterbrechungswirkung ab 01.01.2002 in eine Hemmung umgewandelt.
- 85 V.
- 86 Gemäß §393 BGB ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung nicht zulässig. Die Vorschrift ist auf Zurückbehaltungsrechte entsprechend anwendbar (Palandt a.a.O. 61. Aufl. §393 Rdn. 2).
- 87 Nach der Auffassung des OLG Düsseldorf (MDR 1999, 808), der sich der Senat anschließt, ist die Aufrechnung über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus auch dann ausgeschlossen, wenn der besondere Inhalt des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses oder die Natur der Rechtsbeziehung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen läßt. Es geht nicht an, daß der Ehepartner seine Unterhalts- oder andere Ansprüche gegen den anderen statt durch Klage im Wege des Zugriffs auf das Vermögen des Ehepartners realisiert, dessen Rückzahlungsforderung die Aufrechnung entgegenhält und diesen seinerseits zur Klage zwingt.
- 88 Die übrigen Nebenentscheidungen folgen aus §§97, 708 Ziff. 10, 711 ZPO.