

# **OBERLANDESGERICHT HAMM**

**Az.: 3 UF 105/98**

**Verkündet am 25. August 1998**

**Vorinstanz: AG Bochum - Az.: 61 F 233/96**

In der Familiensache hat der 3. Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 4. August 1998 für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Bochum vom 10. Februar 1998 teilweise abgeändert. Der Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin Unterhalt wie folgt zu zahlen: für die Monate Juli 1996 bis Dezember 1996 monatlich 2.469,00 DM, für die Monate Januar 1997 bis Dezember 1997 monatlich 2.469,00 DM und für die Zeit ab Januar 1998 monatlich 2.740,00 DM. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung sowie die Anschlußberufung der Klägerin werden zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen der Beklagte zu 76% und die Klägerin zu 24 %, die Kosten zweiter Instanz tragen der Beklagte zu 86 % und die Klägerin zu 14 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## **Entscheidungsgründe:**

(ohne Tatbestand gemäß § 543 Abs. 1 ZPO).

(...)

Die oben errechneten Unterhaltsansprüche der Klägerin sind nicht gemäß § 1361 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 1579 BGB verwirkt oder herabzusetzen.

Die Abhebung der 130.000,00 DM von dem Konto in C löst nicht die Folgen des § 1579 Nr. 2 BGB aus. Der für den Verwirkungstatbestand beweispflichtige Beklagte hat nicht bewiesen, daß er alleiniger Inhaber des Kontos gewesen ist. Vielmehr ergeben sich aus den von der Klägerin eingereichten Unterlagen Anhaltspunkte dafür, daß es sich um ein gemeinschaftliches Konto handelt. Der Beklagte hat sich schließlich auch bereits in erster Instanz geweigert, die kontoführende Bank von der Schweigepflicht zu entbinden. Da insofern von einem gemeinschaftlichen Konto auszugehen ist, durfte die Klägerin sich grundsätzlich für berechtigt halten, den hälftigen Betrag abzuheben. Auch soweit es sich hier um einen hohen Betrag handelt, ist zu beachten, daß der Beklagte im Hinblick auf die weiteren Vermögensverhältnisse der Parteien nicht in eine ihn finanziell beeinträchtigende Situation geraten ist.

Der Beklagte hat nicht zu beweisen vermocht, daß die Klägerin die Abhebung verschwiegen hat. Ein solches Verschweigen könnte grundsätzlich unter § 1579 Nr. 2 oder Nr. 4 BGB fallen. Soweit sich der Beklagte auf das Schreiben der erstinstanzlich Bevollmächtigten der Klägerin vom 29.07.1996 beruft, ist dort lediglich angegeben, die Klägerin habe sich nicht aus dem Vermögen des Beklagten bedient. Da die Klägerin zu Recht davon ausgehen könnte, daß es sich um ein gemeinschaftliches Konto handelt, ist diese Aussage zutreffend. Der Zeuge hat angegeben, er habe die Klägerin gefragt, ob sie das Konto abgeräumt habe. Dies habe die Klägerin verneint.

Aus dieser Aussage läßt sich ein Verschweigen der Abhebung nicht herleiten, da der Begriff „Konto abräumen“ dahin zu verstehen ist, daß das Konto auf Null gestellt worden sei. Dies war jedoch nicht der Fall. Schließlich ist auch zu beachten, daß der Zeuge nach eigenen Angaben ausdrücklich nicht als Rechtsanwalt des Beklagten sondern als persönlicher Bekannter der Parteien tätig geworden ist. Bereits insofern käme dem Verschweigen kein tiefergehendes Gewicht zu. Darüber hinaus hat die Klägerin im weiteren Verlauf die Abhebung eingeräumt. Soweit der Beklagte behauptet, die Klägerin habe Wertpapiere und Goldmünzen aus dem in der Wohnung der Eheleute befindlichen Tresor entfernt, und sich insofern auf § 1579 Nr. 4 BGB beruft, führt dies ebenfalls nicht zum Erfolg der Rechtsverteidigung.

Der für das Eingreifen der Vorschrift beweispflichtige Beklagte hat den Beweis, daß die Klägerin sich in den Besitz der Gegenstände gebracht hat, nicht geführt.

Auch soweit er sich auf den Zeugen zum Beweis der Indiztatsache berufen hat, die Klägerin habe zugesagt, die entfernten Gegenstände zurückzubringen, ist dem Beklagten der Beweis nicht gelungen. Die Aussage des Zeugen ist insofern unergiebig. Dieser hat zwar angegeben, er habe davon gesprochen, daß alle finanziellen Verfügungen rückgängig gemacht werden müßten, wobei er auch die Investmentzertifikate erwähnt hatte. Der Zeuge konnte keine Angaben dazu machen, ob er auch von den Goldmünzen gesprochen habe. Die Klägerin habe dem Zeugen O gegenüber jedoch ganz global gesagt, wenn der Beklagte zur Kur ginge, würde sie alles rückgängig machen. Sie hat nach weiteren Angaben des Zeugen keine Angaben dazu gemacht, daß sie die Zertifikate an sich genommen habe. Bereits nach dieser Aussage kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin eingeräumt haben könnte, im Besitz der Wertpapiere und der Gold

münzen gewesen zu sein. Darüber hinaus sind die Angaben widersprüchlich. Der Beklagte hat nach Angaben des Zeugen O diesem gegenüber angegeben, die Papiere hätten sich in einem Bankfach der Bank befunden, das auf den Namen der Klägerin laufen sollte. Demgegenüber hat der Beklagte im Prozeß behauptet, die Wertpapiere hätten sich in dem Tresor der ehelichen Wohnung befunden.

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, die Klägerin habe ihm gegenüber Konten oder Zinseinkünfte verschwiegen. Die Abhebung der 130.000,00 DM ist dem Beklagten unmittelbar nach Durchführung durch eine Bankmitteilung bekannt geworden: Jedenfalls im Verlaufe dieses Prozesses hat die Klägerin auch entsprechende Angaben hierzu gemacht.

Das Konto mit der Nr. 3534252 ist nicht verschwiegen worden. Es wurde dem Beklagten mit Schriftsatz vom 29.07.1996 bereits bekanntgegeben. Die Kontobewegungen hat die Klägerin durch Überreichen der Kontoauszüge dem Gericht dargelegt. Weitergehende Zinseinkünfte haben sich hieraus nicht ergeben.

Bei dem von dem Beklagten angegebenen Konto Nr. 2467934-60 handelt es sich um eine Depotnummer. Auf diesem Depot befanden sich die dem Beklagten bekannten 7.000,00 DM, ein Teilbetrag von den 130.000,00 DM.

Das Konto mit der Nr. 2405918 wird entsprechend der vorgelegten Bankauskunft nicht auf den Namen der Klägerin geführt. Soweit es sich um ein Konto der Zeugin handelt, hat diese, wie oben gezeigt, glaubhaft angegeben, daß sie kein Geld für die Klägerin verwahre.

Bei dem Konto der Nr. 1525245 handelt es sich um ein Sparbuch. Der Verlauf der Sparbuchstände ist zwischenzeitlich durch Vorlage der Kopien nachgewiesen. Irgendwelche erheblichen Zinseinnahmen lassen sich hier nicht feststellen.

Der weitere erstinstanzliche Vortrag des Beklagten zu der behaupteten Postunterschlagung, der Abzweigung von Geld aus dem früher geführten Unternehmen und der möglichen, Nichtabstammung der Zeugin X von ihm ist in zweiter Instanz nicht mehr aufgegriffen worden.

Folglich steht fest, daß der Beklagte entsprechend den oben errechneten Beträge verpflichtet ist, an die Klägerin Unterhalt zu zahlen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.