



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 331/04

vom

13. Februar 2006

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 13. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Strohn und Caliebe

gemäß § 544 Abs. 7 ZPO

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. November 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, denn das Berufungsgericht hat entscheidungserheblichen Sachvortrag des Klägers übergangen und damit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.
- 2 Zwar ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger die Hingabe eines Darlehens in Höhe von 78.000,00 DM an den Beklagten beweisen muss und ihm dieser Beweis nicht gelungen ist. Der Kläger hat sich jedoch, was das Berufungsgericht übergangen hat, den Vortrag des Be-

klagen, der Betrag von 78.000,00 DM beruhe auf Ausgaben, die er unter Verwendung der firmeneigenen Kreditkarte getätigt habe, hilfsweise zu eigen gemacht und seinen Anspruch gegen den Beklagten deshalb auch ausdrücklich auf Herausgabe des zur Ausführung eines Auftrags Erlangten gestützt. Steht aber fest, dass es sich bei dem eingeklagten Betrag um Aufwendungen aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin handelt, hat der Beklagte als Beauftragter darzulegen und zu beweisen, dass er das Erlangte bei Erledigung eines Auftrags für Rechnung der Gesellschaft verbraucht (Sen.Urt. v. 4. Februar 1991 - II ZR 246/89, ZIP 1991, 582 f. m.w.Nachw.) und nicht, wie der Kläger behauptet, die Kreditkarte für private Zwecke verwendet hat.

- 3 Das Berufungsgericht wird in dem wiedereröffneten Berufungsverfahren - nach ggf. ergänzendem Vortrag der Parteien - die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben.

Goette

Kraemer

Gehrlein

Strohn

Caliebe

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 18.03.2004 - 13 O 45/03 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 02.11.2004 - 10 U 101/04 -