

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 52/70

### URTEIL

Verkündet am  
3. Dezember 1971  
Spengler,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in Sachen

Firma Monsieur Henri W [REDACTED] Ltd, 131, M [REDACTED] Avenue, B [REDACTED],  
37 N.Y. (USA), vertreten durch den Präsidenten Frank F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Willi J. R [REDACTED], M [REDACTED], K [REDACTED]straße 19,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1971  
unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland  
und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel  
und Dr. Schönberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird  
das Urteil des 2. Zivilsenats des  
Oberlandesgerichts Koblenz vom  
20. März 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-  
handlung und Entscheidung, auch über  
die Kosten des Revisionsverfahrens,  
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin ist ein in New York ansässiges Wein-  
handelsunternehmen, das deutsche Weine in die USA ein-  
führt. Sie hat mit dem Beklagten, der sich in Oppenheim  
(Rheinhausen) als Weinkommissionär betätigte, von 1960  
bis 1965 in Geschäftsverbindung gestanden. Die Parteien  
streiten darüber, ob der Beklagte als Einkaufskommissionär  
für die Klägerin tätig war oder ob er sie als Eigenhändler  
belieferte. Die Rechnungen der Weinlieferanten wurden auf  
den Beklagten ausgestellt, der die Rechnungsbeträge beglich.

- 3 -

Der Beklagte nahm die gesetzlich vorgesehenen Umsatzsteuervergütungen (Ausfuhrvergütung und Ausfuhrhändlervergütung) in Anspruch, erhielt aber keine Provision von der Klägerin. Dagegen gewährten ihm die Lieferanten Provisionen.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe im April 1961 mit dem Beklagten mündlich vereinbart, daß er deutsche Weine möglichst günstig für sie einkaufe, den Export besorge und die Preise unverändert an sie weitergebe. Es sei ferner Einigkeit darüber erzielt worden, daß der Beklagte für eine Umsatzsteuervergütung von 3 % für sie arbeite und eine diesen Prozentsatz übersteigende Steuervergütung an sie abführe. Im November 1965 habe sie erfahren, daß sich der Beklagte nicht an die vertraglichen Vereinbarungen gehalten habe. Er habe mehr als 3 % Umsatzsteuervergütung von der Steuerbehörde erhalten, aber den Mehrbetrag nicht an sie abgeführt. Außerdem habe er den vertraglichen Abmachungen zuwidergehandelt, indem er sich Verkäuferprovisionen habe gewähren lassen. Aus diesem Grunde habe sie die Geschäftsbeziehungen zum Beklagten im November 1965 abgebrochen.

Die Klägerin hat zuletzt im Wege der Stufenklage beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, ein Verzeichnis darüber vorzulegen, was ihm vom 15. April 1961 bis 15. November 1965 bei den an die Klägerin unter seiner Mitwirkung ausgeführten Weinen an



- a) Ausfuhrvergütung, Ausfuhrhändlervergütung von deutschen Finanzämtern,
  - b) Provisionen, Rabatten und sonstigen Vergütungen aus den einzelnen Geschäften mit den Weinlieferanten
- zugeflossen ist,

2. den Beklagten zu verurteilen, soweit er nach der Rechnungslegung zu 1

- a) durch die Finanzämter mehr als 3 % Ausfuhr- bzw. Ausfuhrhändlervergütung,
- b) von Lieferanten gemäß Ziff. 1 b) Vergütungen erhalten hat, die in den von ihm der Klägerin mitgeteilten Rechnungsbeträgen für diese Weinlieferungen nicht abgesetzt worden sind,

diese an die Klägerin herauszuzahlen.

Der Beklagte hat eingeräumt, daß er von den Finanzämtern teilweise mehr als 3 % Umsatzsteuervergütung für die Lieferungen an die Klägerin erhalten habe. Die von der Klägerin behauptete mündliche Vereinbarung hat er bestritten. Außerdem hat er geltend gemacht, seine Tätigkeit für die Klägerin sei mit so erheblichen Aufwendungen verbunden gewesen, daß es seinem wirtschaftlichen Ruin gleichgekommen wäre, wenn er sich bereit gefunden haben würde, nur für eine Steuervergütung von 3 % für die Klägerin tätig zu werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klageanträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Vorab verlangt der Beklagte Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten. Die Klägerin tritt diesem Antrag entgegen.

#### Entscheidungsgründe

I. Die vom Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Sicherheit für die Kosten des Revisionsverfahrens ist unzulässig. Sie kann als verzichtbare prozeßhindernde Einrede in der Revisionsinstanz nach § 566 i.V.m. § 528 Satz 1 ZPO nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außerstande gewesen ist, die Einrede schon in der Berufungsinstanz vorzubringen (vgl. RGZ 155, 239, 240; BGHZ 37, 264, 266). Der Beklagte hat aber den Antrag, der Klägerin eine Sicherheitsleistung für die Kosten des Revisionsverfahrens aufzugeben, in den Vorinstanzen nicht gestellt. Eine in der Berufungsinstanz mit der Klägerin laut Protokoll vom 9. März 1970 getroffene Vereinbarung, durch die sich die Klägerin zur Sicherheitsleistung in Höhe von 6.000 DM (bei einem Streitwert von damals 200.000 DM) verpflichtet hat, betrifft, wie der Beklagte selbst vorträgt, nur die Kosten des Berufungsverfahrens. Aus dieser Vereinbarung mag zu entnehmen sein, daß die Klägerin damit auf die ihr im ersten Rechtszug erwachsene Rüge, das

Verlangen des Beklagten nach Sicherheit sei bereits in der Berufungsinstantz verspätet gestellt worden (§ 528 Satz 1 ZPO), verzichtet habe (BGH aaO). Dieser nach Meinung des Beklagten vorliegende Verzicht erstreckt sich aber nicht auch auf eine Sicherheitsleistung für die Kosten des Revisionsverfahrens. Aus dem vom Beklagten hierzu vorgelegten Schriftwechsel ergibt sich nichts anderes. Somit rügt die Klägerin zu Recht, daß der Beklagte die hier in Rede stehende prozeßhindernde Einrede zu spät erhoben hat. Dem Beklagten ist es als schuldhaftes Säumnis anzurechnen, daß er entgegen den Erfordernissen der Verfahrensbeschleunigung und besseren Ausnutzung der Vorinstanzen die Einrede erst im Revisionsrechtszug erhoben hat. Die Ausschlußwirkung des § 566 ZPO greift daher Platz.

II. Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsverstoß davon aus, daß die vertraglichen Beziehungen der Parteien nach deutschem Recht zu beurteilen sind. Der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses lag nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Bundesrepublik. Hieraus kann mangels gegenteiliger Anhaltspunkte entnommen werden, daß es dem mußmaßlichen Willen der Parteien entsprach, ihre geschäftlichen Beziehungen dem deutschen Recht zu unterstellen (vgl. BGHZ 19, 110, 111, 113). Das Berufungsgericht weist ferner zu Recht darauf hin, daß beide Parteien im Rechtsstreit den Fall nach deutschem Recht behandelt haben. Auch dieser Umstand ist ein Anhaltspunkt dafür, daß deutsches Recht als vereinbart zu gelten hat (vgl. BGHZ 53, 189, 193).

III. Das Berufungsgericht verneint, daß die Klage nach § 384 Abs. 2 i.V.m. § 387 HGB begründet sei. Hierbei unterstellt es, daß der Beklagte Einkaufskommissionär der Klägerin war. Andererseits sieht es als nicht erwiesen an, daß sich der Beklagte in der behaupteten mündlichen Vereinbarung vom April 1961 verpflichtet habe, für die staatliche Ausfuhrvergütung von 3 % für die Klägerin tätig zu werden und alle weiteren Vorteile der Geschäftsbesorgung an die Klägerin weiterzugeben. Hieraus folge, so meint das Berufungsgericht, daß der Beklagte berechtigt sei, die Ausfuhrvergütung und die Ausfuhrhändlervergütung in voller Höhe für sich zu behalten. Hinsichtlich der Provisionen, die der Beklagte von den Weinlieferanten unstreitig erhalten hat, führt das Berufungsgericht aus, es sei Handelsbrauch in der Bundesrepublik, daß der Weinkommissionär Provision nicht nur vom Kommittenten, sondern auch vom Verkäufer erhalte. Da deutsches Recht anzuwenden sei, müsse sich auch die Klägerin diesen Handelsbrauch entgegenhalten lassen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Was zunächst die behauptete Vereinbarung vom April 1961 angeht, die das Berufungsgericht als nicht bewiesen angesehen hat, so macht die Revision mit Erfolg geltend, daß der Beklagte unstreitig keine Provision von der Klägerin erhalten hat, weil diese durch die Umsatzsteuervergütung abgegolten sein sollte. Hieraus muß entnommen werden, daß die Parteien die Umsatzsteuervergütung jedenfalls in ihre Vereinbarung einbezogen haben. Als streitig angesehen werden kann nach dem gegenwärtigen

Sach- und Streitstand insoweit nur, ob der Beklagte die Umsatzsteuervergütung nur in Höhe von 3 % oder in voller Höhe für sich behalten durfte. Diesem Umstand trägt das Berufungsgericht in der Beweiswürdigung nicht genügend Rechnung. Außerdem muß nach dem Vortrag beider Parteien in Verbindung mit den damals geltenden Steuervorschriften davon ausgegangen werden, daß der Beklagte auf die Ausfuhren an die Klägerin neben einer Ausfuhrvergütung von 3 % in der Regel noch eine Ausfuhrhändlervergütung von 4 %, insgesamt also 7 % Umsatzsteuervergütung von der Steuerbehörde erstattet erhalten hat, ohne selbst Umsatzsteuer zahlen zu müssen. Die Umsatzsteuervorbelastungen waren sämtlich in den Verkaufspreisen der Lieferanten enthalten, die der Beklagte an die Klägerin weitergab, wurden also in vollem Umfange von der Klägerin getragen. Unter diesen Umständen könnte es entgegen der Annahme des Berufungsgerichts wohl kaum als verwunderlich bezeichnet werden, wenn sich der Beklagte dazu bereit gefunden hätte, nur 3 % Umsatzsteuervergütung für sich zu behalten und den Mehrbetrag an die Klägerin herauszugeben, zumal er nach den weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts aufgrund eines Handelsbrauchs auch noch berechtigt gewesen sein soll, sich 3 % Provision von den Weinlieferanten gewähren zu lassen, ohne diesen weiteren Vorteil an die Klägerin herausgeben zu müssen. Es kommt auf die streitige besondere Vereinbarung für das gegenwärtige Revisionsverfahren aber deshalb nicht entscheidend an, weil das Berufungsurteil auch aus anderen Gründen keinen Bestand haben kann.

2. Nach der Unterstellung des Berufungsgerichts muß in der Revisionsinstanz davon ausgegangen werden, daß der Beklagte Einkaufskommissionär der Klägerin war. Hieraus

folgt, daß er die Provisionen, die ihm von den Lieferanten gewährt worden sind, nach § 384 Abs. 2 HGB an die Klägerin herauszugeben hat, wenn sie als durch die Geschäftsbesorgung erlangt anzusehen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob es im April 1961 zum Abschluß der von der Klägerin behaupteten besonderen Vereinbarung gekommen ist.

Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß Vorteile dieser Art, die zwar dem Auftraggeber persönlich gewährt werden, aber doch mit der Geschäftsbesorgung in einem inneren Zusammenhang stehen, dann unter die Herausgabepflicht nach § 667 BGB bzw. § 384 Abs. 2 HGB fallen, wenn die Besorgnis besteht, der Beauftragte könne durch die Gewährung solcher Vorteile von dritter Seite veranlaßt werden, die Interessen seines Geschäftsherrn nicht mehr mit der erforderlichen Gewissenhaftigkeit wahrzunehmen (vgl. BGHZ 39, 1, 2 f; BGH BB 1966, 99).

Es entspricht der Lebenserfahrung, daß ein Einkaufskommissionär, der sich Provision auch vom Verkäufer des Ausführungsgeschäfts gewähren läßt, geneigt sein wird, denjenigen Lieferanten zu bevorzugen, der ihm die höchste Provision zubilligt, anstatt sich ausschließlich von den Interessen seines Auftraggebers leiten zu lassen. Es muß weiter davon ausgegangen werden, daß die Lieferanten die Provision in solchen Fällen in den Verkaufspreis einkalkulieren mit der Folge, daß letzten Endes der Kommittent damit belastet wird. Deshalb kann ein Einkaufskommissionär, der Verkäuferprovisionen entgegennimmt, hierdurch gegen seine vertragliche Treuepflicht verstoßen und aus diesem Grunde zur Herausgabe

des dadurch Erlangten verpflichtet sein, ohne daß es darauf ankommt, ob der Kommittent durch diese Handlungsweise einen Schaden tatsächlich erlitten hat (vgl. RG JW 1905, 118; BGH BB 1966, 99).

Das Berufungsgericht hat nun allerdings festgestellt, es sei Handelsbrauch in der Bundesrepublik, daß der Weinkommissionär Provision nicht nur vom Kommittenten, sondern auch vom Verkäufer erhalte, und zwar üblicherweise 3 % vom Verkäufer und 2 % vom Kommittenten. Die Stellung des deutschen Weinkommissionärs ähnele danach in mancher Hinsicht derjenigen eines Handelsmaklers (§ 93 HGB), wenn er auch in erster Linie zur Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten verpflichtet sei. Die Revision greift diese Feststellungen nicht an. Sie sind daher der weiteren Beurteilung zugrunde zu legen. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß das Bestehen eines solchen Handelsbrauchs, wenn er den Vertragsinhalt bestimmt, dazu führen kann, daß das Verhalten des Kommissionärs trotz bestehenden Interessenkonflikts als gerechtfertigt erscheint und dann keine Herausgabepflicht hinsichtlich der auf diese Weise erlangten Provisionen besteht (vgl. RG HRR 1929 Nr. 1990).

Das Berufungsgericht hält es in diesem Zusammenhang für unerheblich, daß die Klägerin ein ausländisches Unternehmen ist. Weil deutsches Recht anzuwenden sei, gelte auch die deutsche Verkehrssitte. Dem kann aber in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Bei der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen ein Rechtsgeschäft mit einem Ausländer zustande gekommen ist, kann es nach Treu und Glauben geboten sein, die Kenntnisse und Vorstellungen des ausländischen Vertragspartners zu berücksichtigen.

sichtigen. Dies gilt unabhängig davon, nach welchem Recht die Vertragsbeziehungen der Parteien im übrigen zu beurteilen sind (vgl. hierzu BGH NJW 1971, 2126 f und das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. September 1971 - VIII ZR 259/69).

Zwar wird von einem Ausländer, der im Inland Geschäfte abschließt, in der Regel erwartet werden können, daß er sich über die hier bestehenden Handelsbräuche unterrichtet. Dies gilt jedoch dann nicht ohne weiteres, wenn es sich um Handelsbräuche handelt, mit denen der ausländische Vertragspartner nicht zu rechnen braucht. In solchen Fällen kann eine Aufklärungspflicht des inländischen Vertragspartners bestehen (vgl. RG HRR 1929 Nr. 29, Nr. 2122).

Jedenfalls verstößt es gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, wenn der inländische Geschäftspartner erkennt, daß der Ausländer mit dem Bestehen eines solchen Handelsbrauchs nicht rechnet, er ihn aber gleichwohl nicht unterrichtet oder bewußt irreführt. In diese Richtung zielt aber der Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe ihr bewußt verheimlicht, daß er Provision von den Lieferanten erhalte. Es ergeben sich dafür auch Anhaltspunkte aus dem vorgelegten Schriftwechsel, wie insbesondere aus den Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 22. November 1961 und 21. Oktober 1963, aber auch aus dem sonstigen Parteivortrag und aus den Zeugenaussagen.

Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vorbringen nicht auseinandergesetzt und insbesondere die Zeugenaussagen und die vorgelegte Korrespondenz nicht unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt. Hierin liegt ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen muß. Denn der Beklagte kann sich auf den vom Berufungsgericht festgestellten Handelsbrauch dann nicht mit Erfolg berufen, wenn er ihn der Klägerin bewußt verheimlicht und er sich auf diese Weise zusätzliche Einnahmen verschafft hat, die, wie ausgeführt, im Ergebnis zu Lasten der Klägerin gehen oder doch jedenfalls die Besorgnis rechtfertigen, daß der Beklagte die Interessen der Klägerin nicht mit der erforderlichen Sorgfalt wahrgenommen hat. Es greift dann der Grundsatz ein, daß der Kommissionär zwar Provision und Aufwendungsersatz vom Kommittenten erhält, aber am Ausführungsgeschäft nicht verdienen soll (vgl. Schlegelberger, HGB, 3. Aufl., § 387 Anm. 1). Der Beklagte wird dann die Provision der Lieferanten als aus der Geschäftsbesorgung erlangt an die Klägerin herausgeben müssen.

3. Die Umsatzsteuervergütungen (Ausfuhrvergütung und Ausfuhrhändlervergütung), die nach dem bis zum 31. Dezember 1967 geltenden Umsatzsteuerrecht gewährt wurden, hatten den Zweck, die auf den Ausfuhrwaren ruhenden Umsatzsteuervorbelastungen auszugleichen und dadurch die inländischen Erzeugnisse auf dem Weltmarkt konkurrenzfähig zu halten. Die besondere Bedeutung der Ausfuhrhändlervergütung lag hierbei darin, daß sie die auf dem Verkauf an den Ausfuhrhändler ruhende Umsatzsteuer ausgleichen sollte, während die Ausfuhrvergütung die sonstigen Umsatzsteuervorbelastungen zum Gegenstand hatte (vgl. Hartmann/Metzenmacher, Umsatzsteuergesetz, 5. Aufl.,

Erläuterungen zu § 4 Ziff. 3 Anm. 1, Vorbem. zu § 16 bis 26 Anm. 7 bis 11, Erläuterungen zu § 16 Anm. 1 - 5, § 23 Anm. 1 - 4). Der Ausfuhrhändler erhielt beide Vergütungen auf Antrag von den Finanzämtern, wobei es keine Rolle spielte, ob er Eigenhändler oder Kommissionär war.

Es mag als zweifelhaft erscheinen, ob Vergütungen dieser Art in jedem Falle als durch die Geschäftsbesorgung erlangt angesehen werden können im Sinne von § 384 Abs. 2 HGB. Unter den besonderen Voraussetzungen des vorliegenden Falles trifft das - nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand - jedoch zu. Denn der Beklagte erhielt vom Kläger, wie erwähnt, nicht die handelsübliche Provision; dieser Anspruch sollte vielmehr durch die Umsatzsteuervergütung abgegolten werden. Somit entsprach es dem Willen der Parteien, daß der Beklagte die gesetzlich vorgesehene Umsatzsteuervergütung im Verhältnis zur Klägerin als Entgelt für die Tätigkeit, die er im Interesse der Klägerin entfaltete, in Anspruch nehmen sollte. Bei dieser Sachlage fehlte es nicht an dem erforderlichen inneren Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin und der Erlangung der Umsatzsteuervergütungen durch den Beklagten. Diese Vergütungen unterliegen daher der gesetzlichen Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach § 384 Abs. 2 HGB, sofern nicht abweichende Vereinbarungen getroffen worden sind. Für diese trägt aber, soweit sie streitig sind, der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast, was das Berufungsgericht ebenfalls verkannt hat (vgl. Baumbach/Duden, HGB, 16. Aufl., § 387 Anm. 4).

Das Berufungsgericht hat ferner nicht berücksichtigt, daß die Klägerin behauptet hat, sie sei vom Beklagten darüber getäuscht worden, daß er außer der Ausführvergütung von 3 % auch noch Ausfuhrhändlervergütung erhalten habe. Trifft das zu, dann kann hierin ein Verschulden beim Vertragsabschluß liegen, das den Beklagten verpflichtet, die Klägerin im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie sie gestanden haben würde, wenn die von ihr behauptete Vereinbarung vom April 1961 zustande gekommen wäre.

4. Die Revision rügt ferner zu Recht als vom Berufungsgericht nicht beachtet, daß der Beklagte nach dem unter Beweis gestellten und teilweise durch Rechnungen belegten Vortrag der Klägerin von seinen Lieferanten nicht nur 3 %, sondern 3 - 5 % Provision erhalten hat. Diese Mehreinnahmen jedenfalls sind durch den vom Berufungsgericht festgestellten Handelsbrauch nicht gedeckt und daher herauszugeben, wenn der Beklagte, wie das Berufungsgericht unterstellt hat, Kommissionär der Klägerin war. Denn er durfte dieser jedenfalls nicht verschweigen, daß die von ihm vereinnahmten Provisionen der Lieferanten höher als die üblichen Provisionen waren (vgl. Ratz, RGRK z. HGB 2. Aufl. § 387 Anm. 4).

5. Das Berufungsgericht hat weiter außer acht gelassen, daß der Kläger ferner behauptet hat, der Beklagte habe außer Provision auch Rabatte und sonstige Vergütungen von den Lieferanten erhalten. Zwar fehlt es insoweit an einer näheren Substantiierung. Der Klägerin kann eine solche aber nicht zugemutet werden, wenn sie, wie anzunehmen ist, nicht darüber unterrichtet ist, was der Beklagte mit den Lieferanten vereinbart hat. Jeden-

falls hat sie ein berechtigtes Interesse daran, daß sich die Rechenschaftsablegung des Beklagten auch auf solche ihm zugeflossene Vergütungen erstreckt, die nicht als "Provision" bezeichnet worden sind, deren Entgegennahme aber gleichwohl eine Verletzung der vertraglichen Treuepflicht darstellen und demzufolge zur Herausgabe nach § 384 Abs. 2 HGB verpflichten kann.

IV. Das Berufungsgericht wird nunmehr die Frage zu entscheiden haben, ob der Beklagte bei den Lieferungen an die Klägerin jeweils als Eigenhändler oder als Kommissionär tätig war. War er in einigen oder allen Fällen Kommissionär der Klägerin und muß davon ausgegangen werden, daß die Klägerin den fraglichen Handelsbrauch nicht kannte und damit auch nicht zu rechnen brauchte oder der Beklagte sie hierüber sogar irreführte, dann wird er insoweit zur Rechenschaft und Herausgabe verpflichtet sein. Dabei kann die Auskunftspflicht auch den Teil der Provision erfassen, der gegebenenfalls nicht an die Klägerin herauszugeben ist, da die Klägerin anders nicht in der Lage ist, ihre Ansprüche zu berechnen. Hinsichtlich der Umsatzsteuervergütung wird es, wie ausgeführt, in erster Linie darauf ankommen, ob der Beklagte dartun und beweisen kann, ob eine Vereinbarung getroffen worden ist, wonach ihm aus der Umsatzsteuervergütung auch diejenigen Beträge verbleiben sollten, welche die handelsübliche Auftraggeberprovision (§§ 354 Abs. 1, 396 Abs. 1 HGB) überstiegen. Gegebenenfalls wird auch zu prüfen sein, ob der Beklagte die Klägerin über die Höhe der Umsatzsteuervergütung getäuscht hat oder doch nach Treu und Glauben jedenfalls hätte

darüber aufklären müssen, daß diese Vergütung wesentlich höher war als 3 %.

V. Da dem Revisionsgericht eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist, war der Rechtsstreit unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Merkel

Schönberg