

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

HGB § 89 b Abs. 1

- a) Zur Frage einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB auf Kraftfahrzeug-Eigenhändler.
- b) Bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs eines Kraftfahrzeug-Eigenhändlers sind regelmäßig die Umsätze durch die Verwertung von Ersatzteilen im Werkstattbetrieb nicht zu berücksichtigen; unberücksichtigt bleiben regelmäßig auch Umsätze der organisatorisch zugeordneten Unterhändler.

BGH, Urt. v. 2. Juli 1987 - I ZR 188/85 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

4

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 188/85

Verkündet am:
2. Juli 1987
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

D. [REDACTED] R. [REDACTED] AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder
H. [REDACTED] und Arnold J. [REDACTED], K. [REDACTED] Weg 6 - 10,
B. [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Autohaus T. [REDACTED] & Co. GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Johannes T. [REDACTED], Am H. [REDACTED] 29, G. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1987 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 9. Juli 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

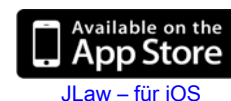
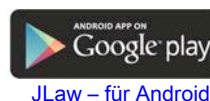
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war seit 1966 Vertragshändlerin der Beklagten im Kreis Saarlouis. Die Rechtsbeziehungen der Parteien richteten sich zuletzt nach dem im September/Okttober 1979 abgeschlossenen "Händlervertrag". Danach hatte die Klägerin Personenkraftfahrzeuge des jeweiligen Verkaufsprogramms der Beklagten, deren Ersatzteile und Zubehör zu verkaufen. Die Klägerin war verpflichtet, bei der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Einrichtung, Ausrüstung und äußeren Gestaltung ihres Betriebes, bei der Organisation des Verkaufs, der Gestaltung des Kundendienstes, der Gewährleistung und der Werbung den Richtlinien und Empfehlungen der Beklagten zu folgen. Sie hatte auf eigene Kosten Werbung zu treiben und das Markenzeichen der Beklagten in Verbindung mit ihrer Bezeichnung als Vertragshändlerin auf ihren Geschäftseinrichtungen anzubringen und im Geschäftsverkehr zu verwenden. Die Klägerin hatte ein Ersatzteillager und eine Reparaturwerkstatt zu unterhalten und dort Original-Fahrzeugteile der Beklagten zu verwenden.

Der Klägerin angeschlossen war eine Reihe von Service-Betrieben ("RS-Partner"), die von der Beklagten über die Klägerin mit den von ihnen benötigten Neufahrzeugen und Ersatzteilen beliefert wurden. Als Entgelt für die Betreuung dieser angeschlossenen Unternehmen erhielt die Klägerin von der Beklagten 3,2 % des Verkaufspreises der Neufahrzeuge und 8,75 % des Verkaufspreises von Ersatzteilen, die die Klägerin bei der Beklagten bezog.

Über jedes bei ihr gekaufte Neufahrzeug hatte die Klägerin die Beklagte mit einer Verkaufs- oder Zulassungsmeldekarte zu unterrichten. In den Karten waren Namen und Anschriften der jeweiligen Käufer enthalten.

Seit 1977 verschlechterte sich die wirtschaftliche Lage der Klägerin, nach ihrer Behauptung unter anderem deshalb, weil die Beklagte weitere Händler in dem Bezirk eingesetzt hatte. Wegen eintretender Verluste beendeten die Parteien einvernehmlich ihre Vertragsbeziehungen zum 31. Dezember

1981. Die Klägerin stellte ihren Betrieb ein und verpachtete das Betriebsgelände an branchenfremde Unternehmen.

Nach Beendigung des Vertrages hat die Klägerin einen Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung des § 89 b HGB geltend gemacht, da sie während der Vertragszeit in die Verkaufsorganisation der Beklagten wie eine Handelsvertreterin eingegliedert gewesen sei und der Beklagten auch ihren Kundenstamm im Rahmen des vertraglich vereinbarten Verkaufsmeldesystems übertragen habe.

Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs hat die Klägerin ihre eigenen Umsätze mit Neufahrzeugen und Ersatzteilen sowie die Umsätze der von ihr betreuten RS-Partner mit Neuwagen und Ersatzteilen zugrunde gelegt. Sie hat behauptet, ausgehend von einem durchschnittlichen Händlerrabatt von 15 % im Neuwagenbereich und 30 % im Ersatzteilbereich belaufe sich der der Provision eines Handelsvertreters vergleichbare Anteil des Rabatts auf 12 % bei Neuwagen und 25 % bei Ersatzteilen. Die Klägerin hat ausgehend von dem Umsatz in den letzten fünf Vertragsjahren für die Jahre 1982 bis 1985 einen auf 509.815,15 DM abgezinsten Provisionsverlust beziffert. Sie hat für die letzten fünf Vertragsjahre eine durchschnittliche höchste Jahresprovision von 396.765,12 DM ermittelt, zu denen sie zuletzt 14 % Mehrwertsteuer und Zinsen begehrt hat.

Das Landgericht hat auf die Klage über 448.344,58 DM der Klägerin 75.545,58 DM nebst Zinsen zugesprochen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten diese verurteilt, an die Klägerin 136.209,30 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revision der Beklagten, die Abweisung der Klage begehrt, und die Anschlußrevision der Klägerin, die weiterhin den mit der Klage zuletzt geltend gemachten Betrag verfolgt. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung des der Klägerin zugebilligten Ausgleichsanspruchs in Höhe von 136.209,30 DM ausgeführt: Die Rechtsbeziehungen der Parteien seien über eine Käufer-Verkäufer-Beziehung hinausgegangen, und die Klägerin sei einem Handelsvertreter vergleichbar in die Absatzorganisation der Beklagten einbezogen gewesen. Sie sei verpflichtet gewesen, bei Vertragsbeendigung der Beklagten ihren Kundenstamm zu übertragen. Ein Ausgleichsanspruch scheitere auch nicht daran, daß die Parteien das Vertragsverhältnis einvernehmlich beendet hätten.

Die Klägerin habe für die Beklagte neue Kunden geworben und damit für diese einen erheblichen Vorteil geschaffen, weil diese Kunden auch nach Beendigung des Vertrages zwischen den Parteien weiter Fahrzeuge und Ersatzteile von der Beklagten beziehen würden, während die Klägerin aus diesen Umsätzen keine Einnahmen mehr erzielen könne.

Das Berufungsgericht hat zur Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs für das letzte Jahr einen Eigenumsatz der Klägerin im Neuwagengeschäft mit 873.187,-- DM bei 107 verkauften Fahrzeugen angenommen, so daß sich ein durchschnittlicher Verkaufspreis von 8.160,-- DM ergebe. In den für die Berechnung maßgeblichen Umsatz hat es nicht die Geschäfte mit Vorführwagen, Überführungen und Ablieferungsdurchsichten einbezogen, weil die in diesen Beträgen etwa enthaltenen Rabatte und Boni kein der Handelsvertreterprovision vergleichbares Entgelt beinhalteten. Das Berufungsgericht hat 40 Mehrfachkunden im Jahr 1981 gezählt und den Umsatz mit diesen Kunden auf 326.400,-- DM ($40 \times 8.160,--$ DM) errechnet. Es hat alsdann diesen Betrag um einen geschätzten Umsatz mit 30 % der 1981 geworbenen 67 Neukunden erhöht, weil nach dem bisherigen Verlauf der geschäftlichen Beziehungen etwa diese Zahl an neu geworbenen Kunden Mehrfachkunden werden könnten. Es ist so zu einem für die Berechnung maßgeblichen Umsatz mit Neufahrzeugen in Höhe von 490.416,-- DM gelangt. Das Berufungsgericht hat einem im Verfahren vor dem Landgericht bereits eingeholten Gutachten entnommen, daß ein Handelsvertreter bei vergleichbaren Leistungen 12 % des Umsatzes als Provision erhalten hätte, so daß der im Eigenumsatz enthaltene Provisionsanteil 58.849,92 DM ausmache. Es hat dabei Einwendungen der Beklagten gegen die Berechnung des Sachverständigen in einem Schriftsatz vom 26. April 1985 als verspätet zurückgewiesen, weil dieses Vorbringen im Fall seiner Zulassung, wegen der Notwendigkeit, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden oder ein anderes Gutachten erstellen zu lassen, die Erledigung des Rechtsstreits nicht unerheblich verzögert hätte.

In gleicher Weise hat das Berufungsgericht die Umsätze und die darauf entfallenen Provisionsanteile im Ersatzteilgeschäft der Klägerin mit 26.243,84 DM errechnet. Es hat hierzu ausgeführt, die Umsätze mit Ersatzteilen seien in die Ausgleichsforderung einzubeziehen, weil die Klägerin insbesondere die Neuwagen mit Original-Ersatzteilen der Beklagten habe versehen müssen und dadurch auch Kunden im Ersatzteilgeschäft geworben habe. Den Provisionsanteil aus den Neuwagengeschäften und dem Ersatzteilgeschäft der RS-Partner hat das Berufungsgericht mit 12.334,25 DM und 8.679,-- DM errechnet. Zur Begründung der Einbeziehung dieser Beträge hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Klägerin habe die Verkaufserfolge durch die von der Beklagten auch geforderten Beratungs- und Betreuungsleistungen für die RS-Partner unterstützt, und hierfür auch eine Provision aus diesen Geschäften erhalten, die sie nach der Vertragsbeendigung nicht mehr erzielen könne.

Das Berufungsgericht ist so zu einem Betrag von 106.107,01 DM als dem Betrag gelangt, der der Klägerin vergleichbar einer Provision eines Handelsvertreters im Jahre 1981 zugeflossen wäre. Es hat die der Klägerin infolge der Vertragsbeendigung entstehenden Provisionsverluste mit Dauerkunden bei einem Intervall von fünf Jahren zwischen dem Kauf eines ersten und eines weiteren Fahrzeugs und unter Berücksichtigung einer steigenden Abwanderungsquote mit 180.381,90 DM errechnet. Hiervon hat es unter Billigkeitsgesichtspunkten im Blick auf die von der Marke der Beklagten ausgehende Sogwirkung 25 % abgezogen und hat ausgeführt, daß der sich ergebende Betrag von 135.286,42 DM unter der Jahresdurchschnittsprovision der letzten fünf Jahre liege. Es

hat im Blick darauf, daß die Klägerin bei Fortführung des Vertrages die Provisionsanteile erst zu einem späteren Zeitpunkt erhalten hätte, in Übereinstimmung mit dem Landgericht eine Abzinsung vorgenommen. Zu dem so berechneten Betrag von 119.481,84 DM hat es die gesetzliche Mehrwertsteuer hinzuge-rechnet, da diese in den der Berechnung zugrunde liegenden Umsatzangaben der Klägerin nicht enthalten war.

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand, soweit diese sich dagegen wendet, daß das Berufungs-gericht der Klägerin einen Ausgleichsanspruch dem Grunde nach zugebilligt hat (A). Dagegen haben Revision und An-schlußrevision teilweise mit ihren Angriffen gegen die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs Erfolg (B).

A. 1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin nach Be-
endigung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten in ent-
sprechender Anwendung des § 89 b HGB einen Ausgleichsan-
spruch zugebilligt. Es ist dabei der gefestigten Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs gefolgt, nach der dem
Eigenhändler ein Ausgleichsanspruch zuzubilligen ist, wenn
zwischen diesem und dem Lieferanten ein Rechtsverhältnis
besteht, das sich nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-
Beziehung erschöpft, sondern den Eigenhändler aufgrund ver-
traglicher Abmachungen so in die Absatzorganisation seines
Lieferanten eingliedert, daß er wirtschaftlich in erheb-
lichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu
erfüllen hat und er verpflichtet ist, bei Vertragsbeendi-
gung seinem Lieferanten seinen Kundenstamm zu übertragen, so
daß sich der Lieferant die Vorteile des Kundenstamms sofort
und ohne weiteres nutzbar machen kann (BGHZ 29, 83; 34, 282;

68, 340; 93, 29, 59; Urt. v. 25. März 1982 - I ZR 146/80, NJW 1982, 2819; Urt. v. 14. April 1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877; Urt. v. 7. Juli 1983 - I ZR 115/81, NJW 1984, 2101). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nach erneuter Überprüfung auch gegenüber den Ausführungen der Revision fest. Insbesondere die Erwägung der Revision, den Kraftfahrzeug-Eigenhändlern sei wegen der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche nach § 26 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 35 GWB gegen die Hersteller durchzusetzen und wegen der möglichen Freistellung der Eigenhändlerverträge von dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV durch die VO 123/85 der Kommission vom 12. Dezember 1984 (ABl. Nr. L 15 vom 18. Januar 1985, S. 16 = WuW 1985, 208) ein Ausgleichsanspruch nicht mehr zuzubilligen, kann nicht überzeugen. Die Ansprüche haben unterschiedliche Voraussetzungen und sind auf den Ausgleich unterschiedlicher Interessen gerichtet. Der Sinn des Ausgleichsanspruchs, dem Vertragshändler - in entsprechender Anwendung des § 89 b HGB unter den vorstehend aufgeführten Voraussetzungen der Einbindung in die Absatzorganisation des Herstellers und der Verpflichtung, bei Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Kundenstamm zu überlassen - für die Schaffung und Überlassung des Kundenstamms eine Gegenleistung zu gewähren, wird durch mögliche Ansprüche des Händlers im Falle rechtswidriger Diskriminierung nicht berührt. Das gleiche gilt für Art. 5 Abs. 2 der VO 123/85, worauf sich die Revision beruft, und wonach unter anderem die Freistellung des Konkurrenzverbotes und der Markenausschließlichkeit davon abhängig ist, daß der Lieferant im Falle der Nichteinhaltung von bestimmten Kündigungsfristen bei Beendigung der Vereinbarung eine Entschädigung zu zahlen hat. Damit soll im Interesse der Förderung

des Wettbewerbs verhindert werden, daß der Händler infolge solcher Verpflichtungen in zu große wirtschaftliche Abhängigkeit vom Lieferanten gerät, nicht aber soll die bisher für den Hersteller erbrachte Leistung, wie das bei der entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB der Fall ist, vergütet werden.

2. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise dem umfangreichen Katalog der in dem Händlervertrag geregelten Pflichten entnommen, die Klägerin sei so in die Absatzorganisation der Beklagten eingebunden gewesen, daß sie wirtschaftlich in erheblichem Umfang Aufgaben zu erfüllen gehabt habe, die sonst einem Handelsvertreter oblägen. Das Berufungsgericht ist ferner rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, die Klägerin sei nach den getroffenen Vereinbarungen verpflichtet gewesen, der Beklagten den während der Vertragsdauer geschaffenen Kundenstamm zu übertragen. Dabei kommt es auch nicht darauf an, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, ob diese Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstamms erst bei Vertragsbeendigung oder schon während der Vertragszeit durch die laufende Unterrichtung der Herstellerin über die Geschäftsentwicklung und Geschäftsabschlüsse zu erfüllen war; vorausgesetzt ist vielmehr nur, daß die Beklagte in der Lage war, den Kundenstamm nach Beendigung des Vertrages weiter zu nutzen. Daß diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt seien, hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Senats (Urt. v. 14. April 1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 ff.), der ebenfalls ein Vertrag mit der hier beklagten Partei zugrundelag, dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag entnommen. Es ist aus Rechtsgründen

auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der Frage, ob die Beklagte von der ihr eingeräumten Möglichkeit, den von der Klägerin geschaffenen Kundenstamm zu nutzen, tatsächlich Gebrauch gemacht hat, bei der Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs keine Bedeutung beigemessen hat.

3. Die Revision meint weiter, der Klägerin stehe auch deshalb ein Ausgleichsanspruch nicht zu, weil die Parteien das Vertragsverhältnis einverständlich beendet hätten. Auch dem kann nicht beigetreten werden. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 52, 5, 12 m.w.N.) ist anerkannt, daß der Handelsvertreter den Ausgleichsanspruch im Fall der Vertragsbeendigung nach Maßgabe der Vorschriften des Absatzes 3 des § 89 b HGB verliert. Diese Vorschrift stellt die abschließende Regelung für den Ausschluß des Ausgleichsanspruchs dar. Sie ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen und einer entsprechenden Anwendung auf andere Tatbestände nicht zugänglich; im Rahmen der Billigkeitserwägungen nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB ist genügend Raum, die Gründe, die zur Beendigung des Vertragsverhältnisses geführt haben, zu berücksichtigen (BGH aaO). Nichts anderes kann für den Eigenhändler gelten. Ist er - wie hier - einem Handelsvertreter vergleichbar in das Absatzsystem des Herstellers eingegliedert und verpflichtet, einen Kundenstamm zu übertragen, verliert er einen entstandenen Ausgleichsanspruch auch nur unter den Voraussetzungen des - entsprechend anzuwendenden - Abs. 3 des § 89 b HGB. Liegen die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 89 b Abs. 1 HGB auf das Vertragsverhältnis des Eigenhändlers zum Hersteller vor, so besteht wegen der wirtschaftlich vergleichbaren Lage des Eigenhändlers und des Handelsvertreters kein

Anlaß, im Fall der Vertragsbeendigung beide unterschiedlich zu behandeln. Hiervon ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher ständig ausgegangen, wonach auch § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB (Urt. v. 7. Juli 1983 - I ZR 115/81, NJW 1984, 2101, 2102) und § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB (Urt. v. 6. Februar 1985 - I ZR 175/82, NJW 1985, 3076) entsprechend auf die Rechtsbeziehungen des Eigenhändlers anzuwenden sind. Die Klägerin kann danach den Ausgleichsanspruch nicht deshalb verlieren, weil sie sich mit der Beklagten über eine Vertragsbeendigung geeinigt hat. Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen könnten, die Klägerin habe der Beklagten wegen eines schuldhaften Verhaltens Anlaß zu einer Kündigung gegeben, sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt, so daß nicht darüber zu entscheiden ist, ob die vorstehend aufgezeigten Grundsätze dann keine Anwendung finden könnten, wenn der Weg der einverständlichen Aufhebung nur aus Entgegenkommen gegenüber dem Eigenhändler gewählt worden wäre (vgl. Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl. § 89 b Rdn. 14).

4. Das Berufungsgericht hat zu Recht den Ausgleichsanspruch auch nicht daran scheitern lassen, daß die Klägerin nach der Beendigung des Vertrages ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist anerkannt (vgl. BGHZ 24, 223, 227), daß das Gesetz mit dem Tatbestandsmerkmal "infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses" in § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB eine Fiktion des Inhalts aufgestellt hat, es solle die Entwicklung so betrachtet werden, als hätte der Handelsvertreter seine Tätigkeit für den Unternehmer fortgesetzt. Aus den zuvor erörterten Gründen gilt das gleiche im Fall der entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift auf die

Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und einem Eigenhändler. Auch in diesem Fall hat der Ausgleichsanspruch nicht zur Voraussetzung, daß er nur dann entstehen könnte, wenn der Händler seine Tätigkeit tatsächlich fortsetzt.

5. Auch kann die Revision nicht mit Erfolg geltend machen, ein Ausgleichsanspruch stehe der Klägerin nicht zu, weil diese in den letzten Jahren vor der Vertragsbeendigung erhebliche wirtschaftliche Verluste erlitten habe und deshalb ihren Betrieb habe einstellen müssen. Das schließt nicht aus, daß sie bei Fortführung des Vertrages noch die - für die Zubilligung des Ausgleichsanspruchs maßgeblichen - Provisionseinnahmen erzielt hätte. Wirtschaftliche Verluste bei der Führung des Geschäftsbetriebs im übrigen sind dagegen im allgemeinen kein ausreichender Anlaß, einen Ausgleichsanspruch nicht entstehen zu lassen.

B. Die Angriffe der Revision und Anschlußrevision gegen die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs haben dagegen im Ergebnis Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. a) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe unter Verkennung der Beweislast festgestellt, die Klägerin habe für die Beklagte einen erheblichen Vorteil dadurch geschaffen, daß sie einen Kundenstamm geworben und der Beklagten auch überlassen habe. Das Landgericht, dessen Feststellungen das Berufungsgericht in zulässiger Weise gefolgt ist, hat hierzu ausgeführt, die Klägerin habe die Stamm- und Mehrfachkunden im einzelnen nach ihren Listen

aufgeführt und im Rechtsstreit genannt. Dabei hat das Landgericht auch nicht übersehen, daß nur die Kunden als Stammkunden, für deren Werbung die Klägerin einen Ausgleich erhalten kann, anzusehen sind, die die Klägerin selbst geworben hat (vgl. Urt. v. 10. Mai 1984 - I ZR 36/82, NJW 1985, 58, 59). Dagegen ist es entgegen der Revisionsmeinung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landgericht das Vorbringen der Beklagten, vor der Klägerin sei bereits ein anderer Händler in dem Gebiet tätig gewesen, nicht als ein ausreichendes Bestreiten der von der Klägerin unter Vorlage ihrer Listen aufgestellten Behauptung über den Umfang ihrer Werbung von Stammkunden gewertet hat.

b) Andererseits ist aus revisionsrechtlicher Sicht - entgegen der Auffassung der Anschlußrevision - auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung der Umsätze nur Umsätze mit solchen Kunden berücksichtigt hat, die es als Mehrfachkunden ermittelt hat. Deren durchschnittliche Zahl hat es auch für die Zeit nach Beendigung des Vertrages rechtsfehlerfrei zugrunde gelegt. Hat sich - wie hier - in der zurückliegenden Vertragszeit gezeigt, daß nur etwa 30 % der Käufer Mehrfachkäufer und damit Stammkunden sind, wäre es nicht gerechtfertigt, auch die Umsätze mit den Kunden, die nicht zu diesem Kreis gehören, für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen. Auch ist es als dem Tatrichter vorbehaltene Wertung (BGH, Urt. v. 14. April 1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, 2879 m.w.N.) revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht bei der Bewertung der Vorteile der Beklagten eine mögliche Abwanderung von 25 % jährlich angenommen hat. Auch insoweit hat es sich auf die Kundenbewegung

im Geschäftsbetrieb der Klägerin gestützt. Dabei brauchte das Berufungsgericht nicht nur mögliche Vorteile aus Umsätzen bis zum Jahr 1984, dem Jahr der vorgesehenen Beendigung des Vertrages, zu berücksichtigen, wie die Revision meint. Es durfte wegen des festgestellten Intervalls von fünf Jahren zwischen dem Kauf eines ersten und eines weiteren Fahrzeugs diese Zeit in seine Betrachtung einbeziehen, weil auch bei einer Beendigung des Vertrages im Jahr 1984 noch Provisionsansprüche entstanden wären. Ebenso hat das Berufungsgericht beanstandungsfrei das letzte Vertragsjahr der nach § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB vorzunehmenden Prognose zugrunde gelegt, weil dem Vorbringen der Parteien nicht zu entnehmen war, dieses Geschäftsjahr sei so untypisch verlaufen, daß es nicht hätte Grundlage der Beurteilung sein dürfen.

c) Weiter wenden sich Revision und Anschlußrevision, - jeweils mit unterschiedlichen Zielrichtungen - ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht wegen der von der Marke der Beklagten ausgehenden Sogwirkung unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB) einen Abzug vorgenommen hat. Damit befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urt. v. 14. April 1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, 2879). Der Entschluß zum Kauf eines Kraftfahrzeugs wird erfahrungsgemäß durch verschiedene Gründe beeinflusst. Das Berufungsgericht hat auch mit seiner Betrachtung der Tatsache Rechnung getragen, daß die - für die Zubilligung des Ausgleichsanspruchs maßgebliche - werbende Tätigkeit des Eigenhändlers regelmäßig nicht allein den Kaufentschluß der Kunden beeinflusst, sondern daß sie im allgemeinen nur mitursächlich

hierfür ist. Das genügt zwar im allgemeinen für die Zubilligung eines Ausgleichs (vgl. Urt. v. 29. November 1984 - I ZR 149/82, BB 1985, 353 = HVR 599); doch entspricht es meist der Billigkeit, bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen, daß die Verkaufsbemühungen des Eigenhändlers durch die von der Marke ausgehende Sogwirkung in nicht unerheblichem Ausmaß gefördert werden. Aus Rechtsgründen ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht insoweit einen pauschalen Abzug von 25 % von dem zunächst errechneten Betrag vorgenommen hat, ohne dabei nähere Feststellungen über das Verhältnis der Auswirkungen der von der Marke und der Werbung der Herstellerin ausgehenden Kaufanreize einerseits und der von der werbenden Tätigkeit des Eigenhändlers andererseits ausgehenden Beeinflussung des Kaufentschlusses für den einzelnen Verkaufsfall zu treffen. Die im Verlauf des Rechtsstreits vorgelegten Gutachten über Befragungen hinsichtlich des Kaufverhaltens enthalten keine hinreichend konkreten Aussagen, die das Berufungsgericht aus Rechtsgründen hätten veranlassen müssen, die Sogwirkung der Marke der Beklagten in anderer Weise als vorliegend geschehen zu berücksichtigen. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsverstoß im Weg der Schätzung nach § 287 ZPO den mutmaßlichen Abzug vornehmen.

d) Da die Klägerin mit dem Ausgleich, der an die Stelle künftiger, mit der Vertragsbeendigung aber entfallender Provisionseinnahmen tritt, eine Zahlung erhält, die sich bei einer Fortsetzung des Vertrages auf einen längeren Zeitraum verteilt hätte, ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Abzinsung des für den als Provisionsverlust angenommenen Betrages ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (so

auch OLG Köln, HVR 388; OLG Frankfurt, HVR 428; OLG Celle, BB 1970, 227; OLG Bamberg, HVR 450; OLG Oldenburg BB 1973, 1281; Küstner, Handbuch des gesamten Außendienstrechts Bd. II, 4. Aufl. Rdn. 224; Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl. § 89 b Rdn. 88). Die Revision hat keine Gründe dargelegt, weshalb im Streitfall ausnahmsweise eine solche Abzinsung nicht der Billigkeit entspreche. Die vom Berufungsgericht im Anschluß an die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des Abzinsungsbetrages läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

e) Ohne Erfolg beanstandet die Revision weiter, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin die gesetzliche Mehrwertsteuer zugesprochen hat. Unter den Provisionen, deren Verlust die Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch bildet, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 61, 112, 114) die Bruttoprovisionen zu verstehen; die in ihnen enthaltene Mehrwertsteuer darf daher nicht außer Ansatz bleiben. Da die Klägerin den Ausgleichsanspruch ausgehend von den Bruttoumsätzen ohne Mehrwertsteuer berechnet hat, war ihr auf ihren Antrag jene Mehrwertsteuer zuzusprechen. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof (aaO) entschiedenen Fall hat das Berufungsgericht der Klägerin damit nicht etwa eine angemessene Entschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer zugesprochen (vgl. auch Urt. v. 15. November 1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861).

2. Das Berufungsurteil kann aber gegenüber den folgenden Angriffen von Revision und Anschlußrevision keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht hat der Klägerin auch einen Ausgleich für Provisionsverluste zugebilligt, die aus dem Umsatz im Geschäft mit Ersatzteilen entstanden sind. Es hat hierzu angeführt, das Ersatzteilgeschäft sei auch Bestandteil der Vertriebstätigkeit des Kraftfahrzeughändlers; ein die Ersatzteile des Herstellers verwertender und damit leistungsfähiger Kundendienst sei für die Schaffung des Kundenstamms mitursächlich. Der Kraftfahrzeughändler werbe mit seiner Kundendienstwerkstatt auch Kunden für Ersatzteile des Herstellers, insbesondere soweit Neuwagenkunden ihre Fahrzeuge warten ließen. Dem kann nicht beigetreten werden.

Bei der Reparatur von Kraftfahrzeugen unter Verwendung von von der Beklagten gelieferten Ersatzteilen führte die Klägerin, wie bereits das Landgericht angenommen hat, eine vom Vertrieb unabhängige eigene gewerbliche Tätigkeit aus. Bei der Berechnung der Provisionsverluste ist aber für den Eigenhändler in gleicher Weise wie für den Handelsvertreter (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15. November 1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861) zwischen den bei der Berechnung der Provisionsverluste allein zu berücksichtigenden Provisionen für die werbende Tätigkeit und den dabei außer Betracht zu lassenden Entgelten für seine sonstigen tätigkeitsbezogenen und deshalb für ihn nicht typischen Aufgaben im Rahmen der organisatorischen Eingliederung in das Vertriebssystem seines Geschäftsherrn zu unterscheiden.

Mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Werkstatt, in der die Ersatzteile verwendet werden, erfüllte die Klägerin nicht die für eine Händlerin typischen Aufgaben, sondern sie nahm eine davon getrennte, auch in ihrer wirtschaftlichen

Funktion und in ihrer rechtlichen Einordnung unterschiedliche Aufgabe wahr. Der Umsatz mit Ersatzteilen im Werkstattbetrieb kann folglich nicht herangezogen werden, um den Ausgleich der Klägerin für ihre werbende Tätigkeit beim Verkauf von Fahrzeugen zu bestimmen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin auch keine besonderen werblichen Leistungen dafür erbracht, Kunden gerade für den Einbau von Ersatzteilen, die die Beklagte lieferte, in Fahrzeuge zu gewinnen.

b) Das Berufungsgericht hat ferner der Klägerin einen Ausgleich für Provisionsverluste im Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft der "RS-Partner" zugebilligt. Es hat hierin eine mittelbare Kundenwerbung der Klägerin gesehen, für die auch ein Handelsvertreter sonst einen Ausgleich erhalte. Die Klägerin habe nach dem Vertrag mit der Beklagten nämlich diese Partner zu unterstützen und zu betreuen gehabt und hierfür ein Entgelt in Form eines bestimmten Anteils am Händlererrabatt erhalten. An dem Umsatz der "RS-Partner" seien neue und markentreue Kunden in gleichem Umfang beteiligt wie an dem Eigengeschäft der Klägerin und die Beklagte erfahre durch das Meldesystem auch diesen Kundenkreis.

Diese Feststellungen rechtfertigen indessen nicht, die Umsätze der RS-Partner bei der Berechnung der ausgleichsfähigen Umsätze und Provisionsverluste der Klägerin zu berücksichtigen. Einem Handelsvertreter, der Untervertreter beschäftigt, mit denen er im eigenen Namen Handelsvertreterverträge abgeschlossen hat, ist zwar die Tätigkeit seiner Untervertreter bei der Bestimmung des Ausgleichsanspruchs zuzurechnen; das kann auch dann gelten, wenn der Hauptver-

treter wirtschaftlich dem Erscheinungsbild eines echten Generalvertreters gleichkommt, obwohl die Verträge mit dem Untervertreter vom Unternehmer abgeschlossen worden waren (BGHZ 59, 87, 92). Diese Grundsätze lassen sich jedoch nicht - wie das Berufungsgericht gemeint hat - auf die Rechtsbeziehungen der Parteien übertragen. Die Klägerin ist - abweichend von der dem Urteil aaO zugrunde liegenden Fallgestaltung - hier nicht als eine Art Generalvertreterin mit Kontroll- und Aufsichtsbefugnissen gegenüber den Untervertretern aufgetreten, sondern als eine selbständige Zwischenhändlerin, deren über diese Zwischenstellung hinausgehende Tätigkeit sich in einer allgemeinen Beratung erschöpft hat. Das Berufungsgericht hat zudem nicht festgestellt, daß durch den Ausfall der Rabatte auf die Umsätze mit den "RS-Partnern" der Klägerin ein nach § 89 b HGB rechtlich beachtlicher Provisionsverlust entstanden wäre, weil nur die Teile der Provision für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen sind, die für eine werbende Tätigkeit gezahlt wurden, und nicht diejenigen, mit denen eine verwaltende Tätigkeit des Händlers abgegolten werden soll (vgl. Urt. v. 15. November 1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860).

c) Das Berufungsgericht hat ferner zu Unrecht die Einwendungen der Beklagten gegen das Gutachten des Sachverständigen zu der Frage, ob der einer Provision eines Handelsvertreters vergleichbare Anteil des Händlerrabatts der Klägerin beim Neuwagengeschäft 12 % betrage, als verspätet zurückgewiesen. Die Beklagte hat nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, erstmals im Schriftsatz vom 26. April 1985 (Bl. 585 GA) substantiierte Einwendungen gegen das am 19. Oktober 1983 erstattete Gutachten erhoben. Die Beklagte

hatte sich vielmehr bereits im Verfahren vor dem Landgericht nach Erstattung des Gutachtens kritisch mit dessen Ergebnissen in methodischer Hinsicht und im Blick auf die im Gutachten zugrunde gelegten geschäftlichen Verhältnisse der Klägerin auseinandergesetzt und die ergänzende Vernehmung des Sachverständigen oder Einholung eines weiteren Gutachtens beantragt (SS. v. 20. März 1984, GA 420 - 424). In der Berufungsbegründung (GA 573, 574) ist die Beklagte auf diese Einwendungen zurückgekommen. Sie hat insoweit nicht etwa nur pauschal auf ihr bisheriges Vorbringen Bezug genommen, sondern sie hat konkret gerügt, der Sachverständige habe die Amortisierung der Kosten des Geschäftsbetriebs der Klägerin nicht berücksichtigt. Sie hatte Beweis dafür angeboten. Sie hatte sich auch nicht nur darauf beschränkt, entgegen den Ausführungen des Gutachtens zu behaupten, der einer Provision entsprechende Anteil des Händlerrabatts betrage nur 6 %. In ihrem späteren Vorbringen liegt eine weitere Präzisierung dieses Vortrags. Das Berufungsgericht durfte danach dieses Vorbringen nicht als verspätet (§ 527 ZPO) zurückweisen.

Das Berufungsgericht wird bei einer erneuten Begutachtung auch beachten müssen, daß nur die Teile des Händlerrabatts hier als Provision angesehen werden können, mit denen eine werbende Tätigkeit abgegolten wird, nicht aber die Teile, die auf eine verwaltende Tätigkeit entfallen (BGH, Urt. v. 15. November 1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861). Dem Gutachten des Sachverständigen ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob er diesen Gesichtspunkt hinreichend bei der Bestimmung der einer Provision entsprechenden Anteile der Rabatte, die die Beklagte der Klägerin gewährte, berücksichtigt hat.

III. Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Erdmann

Teplitzky

Scholz-Hoppe

Mees