

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 189/85

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

in dem Rechtsstreit

D[REDACTED] R[REDACTED] AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder
Hubert d'A[REDACTED] und Arnold J[REDACTED], K[REDACTED] Weg [REDACTED]
Brühl,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Kaufmann Manfred F[REDACTED], O[REDACTED]-H[REDACTED]-Straße [REDACTED], E[REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

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 wird unter Zurückweisung der Revision des Klägers 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 Revisionen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger war seit 1975 Vertragshändler der Beklagten im Kreis P[REISLAUS]. Die Rechtsbeziehungen der Parteien richteten sich zuletzt nach dem im September/Okttober 1979 abgeschlossenen "Händlervertrag". Danach hatte der Kläger Personenkraftfahrzeuge des jeweiligen Verkaufsprogramms der Beklagten, deren Ersatzteile und Zubehör zu verkaufen. Der Kläger war verpflichtet, bei der Einrichtung, Ausrüstung

und äußeren Gestaltung seines Betriebes, bei der Organisation des Verkaufs, der Gestaltung des Kundendienstes, der Gewährleistung und der Werbung den Richtlinien und Empfehlungen der Beklagten zu folgen. Er hatte auf eigene Kosten Werbung zu treiben und das Markenzeichen der Beklagten in Verbindung mit ihrer Bezeichnung als Vertragshändler auf seinen Geschäftseinrichtungen anzubringen und im Geschäftsverkehr zu verwenden. Der Kläger hatte ein Ersatzteillager und eine Reparaturwerkstatt zu unterhalten und dort Original-Fahrzeugteile der Beklagten zu verwenden.

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

Im Mai 1981 kündigte die Beklagte den Händlervertrag zum 30. Juni 1982. Der Kläger widersprach der Kündigung nicht mehr, als es ihm gelungen war, in der Folgezeit die Fahrzeuge eines anderen Herstellers zu vertreiben.

Auf Verlangen des Klägers nahm die Beklagte die bei diesem lagernden Originalersatzteile zu den am 30. Juni 1982 gültigen Nettoeinkaufspreisen zurück, wobei sie jedoch 4.117,64 DM abzog. Der Kläger begehrt Zahlung dieses Betrages.

Nach Beendigung des Vertrages hat der Kläger ferner einen Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung des § 89 b HGB geltend gemacht, da er während der Vertragszeit



in die Verkaufsorganisation der Beklagten wie ein Handelsvertreter eingegliedert gewesen sei und der Beklagten auch seinen Kundenstamm im Rahmen des vertraglich vereinbarten Verkaufsmeldesystems übertragen habe.

Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs hat der Kläger seine eigenen Umsätze mit Neufahrzeugen und Ersatzteilen zugrunde gelegt. Er hat behauptet, ausgehend von einem durchschnittlichen Händlerrabatt von 15 % im Neuwagenbereich und 30 % im Ersatzteilbereich belaufe sich der einer Provision entsprechende Anteil des Rabatts auf 12 % bei Neuwagen und 25 % bei Ersatzteilen. Der Kläger hat ausgehend von seinen Nettoumsätzen in den letzten fünfenehalb Vertragsjahren vor dem Ende des Vertragsverhältnisses im Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft den Ausgleichsanspruch mit 234.878,38 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 265.412,56 DM beziffert.

Das Landgericht hat auf die Klage über 269.530,20 DM dem Kläger 35.792,09 DM nebst Zinsen zugesprochen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten diese verurteilt, an den Kläger 49.609,91 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, die Abweisung der Klage begehrt, und die Revision des Klägers, der 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 dem Kläger zugebilligten Ausgleichsanspruchs in Höhe von 45.492,27 DM ausgeführt: Die Rechtsbeziehungen der Parteien seien über eine Käufer-Verkäufer-Beziehung hinausgegangen und der Kläger sei einem Handelsvertreter vergleichbar in die Absatzorganisation der Beklagten einbezogen gewesen. Er sei verpflichtet gewesen, bei Vertragsbeendigung der Beklagten seinen Kundenstamm zu übertragen.

Der Kläger habe für die Beklagte neue Kunden geworben, und 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 der Kläger aus diesen Umsätzen infolge der Vertragsbeendigung keine Einnahmen mehr erzielen könne.

Das Berufungsgericht hat zur Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs für das letzte Vertragsjahr einen Umsatz des Klägers im Neuwagengeschäft mit 537.980,-- DM bei 43 verkauften Fahrzeugen angenommen, so daß sich ein durchschnittlicher Verkaufspreis von 12.511,-- DM ergebe. Das Berufungsgericht hat 21 Mehrfachkunden im letzten Vertragsjahr gezählt und den Umsatz mit diesen Kunden auf 262.731,-- DM ($21 \times 12.511,--$ DM) errechnet. Es hat alsdann diesen Betrag um den geschätzten Umsatz mit 20 % der im letzten Vertragsjahr geworbenen 22 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 Umsatz mit Neufahrzeugen in Höhe von 317.779,40 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 38.133,-- DM ausmache. Es hat Einwendungen der Beklagten gegen die Richtigkeit des Gutachtens als nicht hinreichend substantiiert angesehen, da das Gutachten als Grundlage für die nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung ausreichend sei. Es hat zudem die 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 des Klägers mit 16.636,-- DM errechnet. Es hat hierzu ausgeführt, die Umsätze mit Ersatzteilen seien in die Ausgleichsforderung einzubeziehen, weil der Kläger insbesondere die Neuwagen mit Original-Ersatzteilen der Beklagten habe versehen müssen und dadurch auch Kunden im Ersatzteilgeschäft geworben habe.

Das Berufungsgericht ist so zu einem Betrag von 54.769,-- DM als dem Betrag gelangt, der dem Kläger

vergleichbar einer Provision eines Handelsvertreters zugeflossen wäre. Es hat die dem Kläger 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 auf 90.368,85 DM berechnet. Hiervon hat es unter Billigkeitsgesichtspunkten im Blick auf die von der Marke der Beklagten ausgehende Sogwirkung und im Blick darauf, daß der Kläger mit einer Wettbewerberin der Beklagten, die ein vergleichbares Fahrzeugprogramm anbiete, einen unmittelbar anschließenden Vertragshändlervertrag geschlossen habe, 50 % abgezogen. Es hat weiter im Blick darauf, daß der Kläger bei Fortführung des Vertrages die Provisionsanteile erst zu einem späteren Zeitpunkt erhalten hätte, in Übereinstimmung mit dem Landgericht eine Abzinsung vorgenommen. Zu dem so errechneten Betrag von 39.905,53 DM hat es die gesetzliche Mehrwertsteuer hinzugerechnet, da diese in den der Berechnung zugrunde liegenden Umsatzangaben des Klägers nicht enthalten war.

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision der Beklagten stand, soweit diese sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht dem Kläger dem Grunde nach einen Ausgleichsanspruch zugebilligt hat (A). Dagegen hat die Revision der Beklagten mit ihren Angriffen gegen die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs Erfolg, während die Revision des Klägers zurückzuweisen ist (B).

A. 1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten in entsprechender Anwendung des § 89 b HGB einen Ausgleichsan-

spruch zugebilligt. Es ist dabei der gefestigten Rechtsprechung 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 vertraglicher Abmachungen so in die Absatzorganisation seines Lieferanten eingliedert, daß er wirtschaftlich in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hat und er verpflichtet ist, bei Vertragsbeendigung 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. 25.3.1982 - I ZR 146/80, NJW 1982, 2819; Urt. v. 14.4.1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877; Urt. v. 7.7.1983 - I ZR 115/81, NJW 1984, 2101). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nach erneuter Überprüfung auch gegenüber den Ausführungen der Revision der Beklagten 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 12.12.1984 (ABl. Nr. L 15 vom 18.1.1985, S. 16 = WuW 1985, 208) ein Ausgleichsanspruch in Abweichung von der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr zuzubilligen, kann nicht beigetreten werden. 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, der Kläger sei so in die Absatzorganisation der Beklagten eingebunden gewesen, daß er wirtschaftlich in erheblichem Umfang Aufgaben zu erfüllen gehabt habe, die sonst einem Handelsvertreter oblägen. Das Berufungsgericht ist ferner rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, der Kläger 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. 14.4.1983 - 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 dem Kläger geschaffenen Kundenstamm zu nutzen, tatsächlich Gebrauch gemacht hat, bei der Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs keine Bedeutung beigemessen hat.

3. Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht den Ausgleichsanspruch dem Grunde nach auch nicht daran scheitern lassen, daß der Kläger nach der Beendigung des Vertrages mit der Beklagten einen Vertragshändlervertrag mit einem anderen Kraftfahrzeughersteller geschlossen hat. Gleichwohl konnten dem Kläger Provisionsverluste entstehen, weil er aus Geschäften mit für die Beklagte geworbenen Kunden keine Vorteile mehr erzielte. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Parteien hierzu auch nicht übersehen, sondern es hat diese Tatsache

rechtlich zutreffend bei der Entscheidung darüber, in welcher Höhe ein Ausgleichsanspruch der Billigkeit entspreche (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB), berücksichtigt.

B. Die Angriffe der Revision der Beklagten gegen die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs haben teilweise Erfolg; sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision des Klägers ist indessen unbegründet.

1. a) Ohne Erfolg rügt die Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe einen erheblichen Vorteil der Beklagten durch Überlassung des Kundenstamms hier nicht feststellen dürfen. Das Landgericht, dem das Berufungsgericht insoweit gefolgt ist, hat im einzelnen anhand der Käuferlisten festgestellt, in welchem Umfang Kunden nach dem Kauf eines ersten Fahrzeugs erneut ein Fahrzeug bei dem Kläger gekauft haben. Daraus, daß diese Umsätze - im letzten Vertragsjahr insbesondere - rückläufig waren, folgt nicht, daß die Beklagte aus möglichen weiteren Geschäften mit zu Stammkunden gewordenen Käufern keine Vorteile mehr erzielen könne.

b) Andererseits ist aus revisionsrechtlicher Sicht - entgegen der Auffassung der Revision des Klägers - 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 20 % der Käufer Mehrfachkäufer und damit Stammkunden sind, wäre es nicht gerechtfertigt, auch die Umsätze mit den Kunden, die nicht zu diesem Kreis gehören, bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen. Auch ist es als dem Tatrichter vorbehaltene Wertung 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 des Klägers gestützt. Es ist aus Rechtsgründen ferner nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht im Anschluß an die Feststellungen des Landgerichts von den Umsätzen des letzten Vertragsjahres ausgegangen ist, um eine Prognose darüber anzustellen, welche Vorteile die Beklagte aus den vom Kläger geschaffenen Geschäftsbeziehungen erzielen werde und welche Provisionsverluste dem Kläger entstehen würden. Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des Umsatzes des letzten Vertragsjahres, die das Berufungsgericht in zulässiger Weise übernommen hat, ist als Grundlage für die nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei den Umsatz des letzten Kalenderjahres, in dem die Parteien zusammenarbeiteten, halbiert und dazu den Umsatz des ersten Halbjahres 1982 gerechnet.

c) Weiter wenden sich die Revisionen - jeweils mit unterschiedlichen Zielrichtungen - ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht wegen der von der Marke der Beklagten ausgehenden Sogwirkung unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit des Ausgleichs (§ 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. 14.4.1983 - I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, 2879). Der Entschluß zum Kauf eines Kraftfahrzeugs wird erfahrungsgemäß durch verschiedene Gründe beeinflusst. Das Berufungsgericht hat 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 neben der Sogwirkung der Marke im allgemeinen mitursächlich dafür ist. Das genügt zwar im allgemeinen als Grundlage für die Zubilligung eines Ausgleichs (vgl. Urt. v. 29.11.1984 - I ZR 149/82, BB 1985, 353 = HVR 599). Doch entspricht es meistens der Billigkeit, bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen, daß die Verkaufsbemühungen des Eigenhändlers durch die von der Marke ausgehende Sogwirkung regelmäßig gefördert werden.

Aus Rechtsgründen ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht insoweit einen pauschalen Abzug um 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 Sog-

wirkung der Marke der Beklagten in anderer Weise als vorliegend geschehen zu berücksichtigen. Bei der dem Tatrichter vorbehaltenen Entscheidung darüber, ob der Ausgleich der Billigkeit entspreche, hat das Berufungsgericht beanstandungsfrei auch noch berücksichtigt, daß der Kläger im unmittelbaren Anschluß an den Vertrag mit der Beklagten Vertrags Händler eines konkurrierenden Herstellers von Kraftfahrzeugen wurde. Der vom Berufungsgericht danach vorgenommene pauschale Abzug von insgesamt 50 % des zunächst errechneten Betrages läßt sich unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls nicht beanstanden.

d) Da der Kläger 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. 244; Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl. § 89 b Rdn. 88). Die Revision legt keine Gründe dar, aus denen 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 der Beklagten weiter, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs dem Kläger 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 der Kläger den Ausgleichsanspruch ausgehend von den Bruttoumsätzen ohne Mehrwertsteuer berechnet hat, war ihm auf seinen Antrag ferner die Mehrwertsteuer zuzusprechen. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof (aaO.) entschiedenen Fall hat das Berufungsgericht dem Kläger damit nicht etwa eine angemessene Entschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer zugesprochen (vgl. auch Urt. v. 15.11.1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861).

2. Das Berufungsurteil kann aber gegenüber den folgenden Angriffen der Revision der Beklagten keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht hat dem Kläger 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 der Kläger, 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. 15.11.1984 - 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 der Kläger nicht die für einen Händler typischen Aufgaben, sondern er 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 des Klägers für seine werbende Tätigkeit beim Verkauf von Fahrzeugen zu bestimmen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger auch keine besonderen werblichen Leistungen dafür erbracht, Kunden gerade für den Einbau von Ersatzteilen, die die Beklagte liefert, in Fahrzeuge zu gewinnen.

b) Das Berufungsgericht hat ferner zu Unrecht die Einwendungen der Beklagten gegen das Gutachten des

Sachverständigen in dem Parallelverfahren 88 O 100/82

LG Köln = I ZR 188/85 zu der Frage, ob der einer Provision eines Handelsvertreters vergleichbare Anteil des Händler-
rabatts des Klägers beim Neuwagengeschäft 12 % betrage, als
verspätet zurückgewiesen. Die Beklagte hat nicht, wie das
Berufungsgericht angenommen hat, erstmals im Schriftsatz vom
29. April 1985 (Bl. 328 GA) substantiierte Einwendungen
gegen das am 19. Oktober 1983 in dem genannten Verfahren er-
stattete Gutachten erhoben. Die Beklagte hatte sich vielmehr
bereits im Verfahren vor dem Landgericht in beiden Rechts-
streiten nach Erstattung des Gutachtens kritisch mit dessen
Ergebnissen in methodischer Hinsicht und im Blick auf die im
Gutachten zugrunde gelegten geschäftlichen Verhältnisse des
Klägers auseinandergesetzt und die ergänzende Vernehmung des
Sachverständigen oder Einholung eines weiteren Gutachtens
beantragt. In der Berufungsbegründung (GA 573, 574) ist die
Beklagte auf diese Einwendungen zurückgekommen. Sie hat in-
soweit nicht etwa nur pauschal auf ihr bisheriges Vorbringen
Bezug genommen, sondern sie hat konkret gerügt, der Sachver-
ständige habe die Amortisierung der Kosten des Geschäftsbe-
triebs des Klägers nicht berücksichtigt. Sie hatte Beweis
dafür angeboten. Sie hatte sich auch nicht nur darauf be-
schränkt, entgegen den Ausführungen des Gutachtens zu be-
haupten, der einer Provision entsprechende Anteil des Händ-
lerrabatts betrage nur 6 %. In ihrem späteren Vorbringen
liegt eine weitere Präzisierung dieses Vortrags. Das Beru-
fungsgericht durfte danach dieses Vorbringen nicht als ver-
spätet (§ 527 ZPO) zurückweisen. Die Einwendungen der Be-
klagten gegen das Gutachten durfte das Berufungsgericht
danach auch nicht deshalb unbeachtet lassen, weil sie nicht
hinreichend substantiiert gewesen seien.

Das Berufungsgericht wird bei einer erneuten Begutachtung auch beachten müssen, daß nur die Teile des Händler-
rabatts 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. 15.11.1984 - 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
Frage des einer Provision entsprechenden Anteils der
Rabatte, die die Beklagte dem Kläger gewährte, berücksich-
tigt hat.

III. Die Revision der Beklagten hat auch insoweit kei-
nen Erfolg, als sie sich gegen die Verurteilung der Beklag-
ten zur Zahlung von 4.117,64 DM richtet, durch die restliche
Ansprüche des Klägers aus der Rückgabe von Ersatzteilen ab-
gegolten werden. Diesen Betrag hat das Berufungsgericht dem
Kläger zu Recht zugesprochen. Die Beklagte war zur Rücknahme
der Teile auf Verlangen des Klägers nach den vom Berufungs-
gericht im einzelnen erörterten vertraglichen Bestimmungen
verpflichtet. Das stellt auch die Revision nicht in Abrede.
Entgegen der Auffassung der Revision gab aber das Vorbringen
der Beklagten im Rechtsstreit dazu, die zurückgegebenen
Teile seien nicht nach den Händler-Netto-Einkaufspreisen zu
vergüten, weil es sich nicht um vollständig verwertbare Be-
stände gehandelt habe, keinen hinreichenden Anlaß, insoweit
Beweis zu erheben. Es fehlten hinreichende Darlegungen.

IV. Danach war das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten und unter Zurückweisung der Revision des Klägers aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Erdmann

Teplitzky

Scholz-Hoppe

Mees