

41

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

HGB § 89 b Abs. 1

Zur Darlegungs- und Beweislast des ausgeschiedenen Handelsvertreters (Tankstellenpächters) bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs in Fällen, in denen die Provision werbende und verwaltende Tätigkeiten abgegolten hat.

BGH, Urt. v. 28. April 1988 - I ZR 66/87 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

4A

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 66/87

Verkündet am:
28. April 1988
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gerhard B[REDACTED], V[REDACTED]straße [REDACTED], E[REDACTED] -
U[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die E[REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Wolfgang O[REDACTED] und die Vorstandsmitglieder Dr. Horst
A[REDACTED], Dr. Eckart Ad[REDACTED], Thomas K[REDACTED] und Peter
S[REDACTED], K[REDACTED]ring [REDACTED], H[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

41

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1988 durch die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Februar 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger betrieb auf einem von der Beklagten gepachteten Grundstück eine SB-Tankstelle. Er vereinbarte mit der Beklagten in dem am 28. April/22. Mai 1974 abgeschlossenen Vertrag, deren Kraftstoffe und Motoröle zu lagern und als Handelsvertreter deren Erzeugnisse auf deren Rechnung zu verkaufen. Hierfür erhielt er eine als Provision bezeichnete Vergütung. Daneben erhielt der Kläger eine Umschlagsvergütung. Die Beklagte beendete den Vertrag durch ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1981. Die Netto-Jahresdurchschnittsprovision des Klägers hatte in den letzten fünf Jahren der Vertragszeit 99.211,40 DM betragen.

Nach der Beendigung des Vertrages hat der Kläger einen Ausgleichsanspruch geltend gemacht, den er, nach Erhalt einer Teilzahlung der Beklagten in Höhe von 20.000,-- DM nebst Mehrwertsteuer, noch auf 64.039,13 DM beziffert hat. Er hat hierzu behauptet, er habe 100 Kreditkunden und weit über 300 Barzahlungskunden als Stammkunden geworben. Bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wäre er in der Lage gewesen, aus Geschäften mit diesen Kunden eine jährliche Provision von knapp 100.000,-- DM zu erzielen. Eine Abwanderungsquote sei allenfalls mit 5 % jährlich der geworbenen Neukunden zu berücksichtigen.

Die Beklagte hat demgegenüber vorgetragen, die Kunden des Klägers seien im wesentlichen Laufkunden gewesen. In den dem Kläger gezahlten Provisionen sei ein Anteil von 53,4 % als Vergütung für - nicht ausgleichspflichtige - Verwal-

tungstätigkeit enthalten gewesen. Sie hat weiter geltend gemacht, der Ausgleichsanspruch müßte abgezinst werden und bei der Berechnung seien der Standortvorteil und die Sogwirkung ihrer Marke zu berücksichtigen.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme durch Befragung der als Zeugen benannten Kunden der Klage in Höhe von 59.100,-- DM nebst Zinsen stattgegeben. Es hat der Beweisaufnahme entnommen, der Kläger habe 260 Stammkunden geworben. Ausgehend von einem Mittelwert von 82.500 Litern monatlich und einer Durchschnittsprovision von 0,04 DM habe der Kläger durchschnittliche Provisionseinnahmen aus Geschäften mit Neukunden in Höhe von 40.000,-- DM jährlich erzielt. Wegen des in der Provision enthaltenen Anteils für verwaltende Tätigkeit sei ein Abzug von 10 % geboten. Es ist weiter davon ausgegangen, daß die Beklagte bei entsprechender Pflege des Kundenstammes in dem ersten Jahr nach Vertragsbeendigung noch 90 %, im zweiten Jahr 60 %, im dritten Jahr 30 % und im vierten Jahr 15 % der vom Kläger geworbenen Stammkunden weiter hätte beliefern können.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 16.400,-- DM nebst Zinsen verurteilt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, der Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt; die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist zunächst zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs von denselben Bezugsgrößen und Abrechnungsgrundlagen wie das Landgericht ausgegangen, die die Parteien insoweit unstreitig gestellt hatten. Es hat weiter ausgeführt: Von den vom Landgericht ermittelten 260 geworbenen Neukunden könnten 42 nicht berücksichtigt werden, weil diese angegeben hätten, im Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages nicht mehr bei dem Kläger getankt zu haben. Für die Berechnung des Provisionsverlustes sei entsprechend den Angaben der Beklagten, die auch unstreitig seien, davon auszugehen, daß die nach dem Vertrag geschuldete Provision von 0,04 DM nur einen Anteil von 0,0201 DM je Liter für die ausgleichspflichtige werbende Tätigkeit des Klägers enthalte. Der insoweit darlegungspflichtige Kläger habe es unterlassen, greifbare Anhaltspunkte für eine abweichende Betrachtung anzugeben. Der sich einschließlich der Mehrwertsteuer, die die Beklagte zu zahlen übernommen habe, ergebende Betrag von 41.024,76 DM sei mit 5 % im Blick auf die hohe Abwanderungsquote abzuzinsen. Unter Berücksichtigung des von der Beklagten bereits gezahlten Teilbetrages ergebe sich so ein restlicher Provisionsanspruch in Höhe von 16.400,-- DM.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Für die Ermittlung des für den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB maßgeblichen Unternehmervorteils im Sinn des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 dieser Bestimmung ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von dem von dem Handelsvertreter für den Unternehmer geschaffenen Kundenstamm ausgegangen, weil der Ausgleich nach § 89 b HGB eine Vergütung für die Überlassung des von dem Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes an den Unternehmer ist (st. Rspr.; vgl. dazu BGH, Urt. v. 15.11.1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861).

Das Berufungsgericht hat dabei der durch die Versendung von Fragebögen an die als Zeugen benannten Kunden durchgeführten Beweisaufnahme entnommen, daß unter anderem die Umsätze mit 42 Kunden nicht bei der Vorteilsprognose berücksichtigt werden könnten, während das Landgericht die Umsätze dieser Kunden in seine Berechnung einbezogen hatte. Diese Kunden, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, hätten die an sie gerichtete Frage, ob sie bis Ende der Pachtzeit des Klägers regelmäßig an der von diesem betriebenen Tankstelle getankt hätten, mit "Nein" beantwortet und müßten deshalb unberücksichtigt bleiben. Das wird von der Revision zu Recht angegriffen.

a) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, daß es sich in der rechtlich gebotenen Weise mit dem Prozeßstoff und dem Beweisergebnis umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hätte (vgl. dazu BGH, Urt. v. 11.2.1987 - IVb ZR 23/86, NJW 1987, 1557, 1558). Daß die Zeugen die an sie gerichtete Frage, ob sie bis zum Ende der Pachtzeit regelmäßig beim Kläger getankt hätten, mit "Nein" beantwortet hatten, durfte das Berufungsgericht unter

den hier gegebenen Umständen nicht ohne weiteres dahin verstehen, diese Zeugen hätten bereits vor Ende der Pachtzeit des Klägers dessen Tankstelle nicht mehr aufgesucht. Das Landgericht hatte nämlich dem "Nein" auf die Frage, ob diese Zeugen bis zum 31.12.1981 beim Kläger getankt hätten, nicht entnommen, diese schriftlich befragten Zeugen hätten zum Ausdruck bringen wollen, sie hätten nicht länger als bis zum 31.12.1981 an der Tankstelle getankt. Zu dieser Wertung der Aussagen war das Landgericht gekommen, weil diese Zeugen in zusätzlichen Antworten und Bemerkungen die guten Leistungen des Klägers an der von ihm betriebenen Tankstelle hervorgehoben hatten. Danach hatte das Landgericht angenommen, diese Zeugen hätten die Frage mißverstanden, und hatte sie als am 31.12.1981 noch vorhandene Stammkunden gewertet, die erst später wegen Unzufriedenheit mit dem Nachpächter weggeblieben seien. Dem Berufungsurteil sind keine Gründe für die vom Landgericht abweichende Beurteilung der Zeugenaussagen zu entnehmen. Da das Berufungsgericht der Wertung des Landgerichts nicht folgen wollte, hätte es seine abweichende Auffassung in nachvollziehbarer Weise begründen müssen. Es durfte sich nicht, wie es das getan hat, auf den bloßen Wortlaut der Frage und die darauf gegebene Antwort stützen, um seine abweichende Auffassung zu begründen. Das Landgericht hatte nämlich den Wortlaut nicht übersehen, sondern aus den Gesamtumständen eine andere Folge hergeleitet.

b) Das Berufungsgericht durfte nach den bisher getroffenen Feststellungen die Umsätze aller 42 Kunden auch nicht deshalb bei der Prognose unberücksichtigt lassen, weil die Beklagte nicht im Rahmen einer sachgerechten kaufmännischen Entschließung in der Lage gewesen wäre, die von dem Kläger

hergestellten Geschäftsbeziehungen fortzuführen. Die Möglichkeit dazu besteht zwar nicht, wenn die von einem Tankstellenpächter als Handelsvertreter geworbenen Personen allein deshalb nicht mehr Kunden bleiben, weil der Pächter wechselt oder weil sie infolge Gewöhnung an die Art und Weise der Bedienung und die Kundenbetreuung des bisherigen Pächters zu einer Umstellung auf einen neuen Pächter nicht bereit sind, obwohl der Service des Nachfolgers bei Anlegung eines objektiven Maßstabes nicht schlechter ist als der des Vorgängers. In diesen Fällen hat der Handelsvertreter die Kunden nicht als Stammkunden für den Unternehmer geworben (BGH, Urt. v. 15.11.1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861). Das mag bei einzelnen Kunden der Fall gewesen sein, die besondere persönliche Beziehungen wie Bekanntschaften oder geschäftliche Verbindungen als Grund dafür angegeben hatten, daß sie beim Kläger getankt hatten. Solche Gründe könnten bei den Kunden H [REDACTED], O [REDACTED], S [REDACTED] und So [REDACTED] vorliegen. Das Berufungsgericht wird auch weiter prüfen müssen, ob vom Kläger geworbene Kunden deshalb nach Beendigung der Pachtzeit die Tankstelle nicht mehr aufsuchten, weil der Service des Nachfolgers bei Anlegung eines objektiven Maßstabes schlechter als der des Klägers war. Die Umsätze solcher Kunden dürfen bei der Schätzung der der Beklagten verbliebenen Vorteile nicht außer Ansatz bleiben. Bei Anlegung des gebotenen objektiven Maßstabes hätte die Beklagte die ihr geschaffenen Vorteile nutzen können. Der Kläger hätte sie tatsächlich in die Lage versetzt, diesen Kundenstamm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter zu nutzen.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, die bei der Bemessung des Ausgleichs zu berücksichtigende Provision betrage nur 0,0201 DM/l unterliegen ebenfalls rechtlichen Bedenken.

Das Berufungsgericht ist zwar rechtlich zutreffend davon ausgegangen, daß es zu Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs in Widerspruch stünde, wenn der Berechnung des Ausgleichs über die auf die werbende Tätigkeit entfallenden Provisionen oder Provisionsanteile hinaus auch solche Entgelte zugrunde gelegt würden, die auf verwaltende Maßnahmen entfallen. Übernimmt der Handelsvertreter neben seiner Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit weitere Aufgaben, für die er ebenfalls Provision erhält, handelt es sich dabei regelmäßig um Tätigkeiten, die - wie die hier in Betracht zu ziehenden Tätigkeiten der Lagerhaltung, der Auslieferung, des Inkassos - für den Begriff des Handelsvertreters nicht wesentlich sind und für die Werbung des Kundenstamms keine entscheidende Rolle spielen. Daher müssen im Rahmen der Ermittlung der Provisionsverluste des Handelsvertreters nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB andere Provisionen als solche für eine werbende Tätigkeit außer Betracht bleiben. Für den Tankstellen-Handelsvertreter gilt insoweit nichts anderes. Zwar ist es aufgrund der Abreden zwischen ihm und dem Mineralölunternehmen regelmäßig Sache des Handelsvertreters, Kraftstoffe und andere Waren des Unternehmers vorrätig zu halten, an die Kunden auszuliefern und das Inkasso zu besorgen. Diese Aufgaben sind mit der werbenden Tätigkeit des Tankstellen-Handelsvertreters tatsächlich eng verbunden. Das hindert aber nicht, zwischen den bei der Berechnung der Provisionsverluste allein zu berücksichtigenden Provisionen für

die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters und den dabei außer Betracht zu lassenden Entgelten für seine sonstigen Aufgaben zu unterscheiden (BGH, Urt. v. 15.11.1984 - I ZR 79/82, NJW 1985, 860, 861). Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es mußte deshalb bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB die Provisionsanteile ausscheiden, die auf verwaltende Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Verkauf, der Ausführung der Geschäfte und der Einziehung der Verkaufserlöse entfielen.

Zu beanstanden ist jedoch, daß das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt ist, im Streitfall betrage danach der für den Ausgleich allein zu berücksichtigende Provisionsanteil nur 0,0201 DM, während der Provisionsanteil für die verwaltende Tätigkeit 0,023 DM betrage.

a) Das Berufungsgericht durfte schon nach dem Vorbringen der Parteien nicht davon ausgehen, der Betrag von 0,0201 DM/l sei zwischen den Parteien unstreitig. Es hat bei dieser Annahme erhebliches Parteivorbringen übersehen, wie die Revision zu Recht rügt. Nachdem die Beklagte nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht diesen Betrag in das Verfahren eingeführt hatte (GA II, 263), hatte der Kläger dem entgegengehalten, seine mit der Provisionszahlung abgegoltene Tätigkeit sei ausschließlich werbender Art gewesen (GA II, 266, 267). Die Beklagte hat alsdann selbst den von ihr genannten Betrag als fiktives Zahlenbeispiel bezeichnet (GA II, 311, 312) und der Kläger hatte zur Verteidigung des landgerichtlichen Urteils insoweit vorgetragen, auf seine verwaltende Tätigkeit seien allenfalls 10 % der Vergütung entfallen; dem war die Beklagte wiederum entgegen-

getreten. Nach diesen wechselnden Angaben der Parteien durfte das Berufungsgericht nicht zu der Annahme gelangen, der ursprünglich von der Beklagten bezeichnete Betrag sei unstreitig.

b) Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang weiter gemeint, die von der Beklagten angegebene Aufteilung der gezahlten Provisionen auf ein Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit und eine verwaltende Tätigkeit sei deshalb seiner Entscheidung zugrundezulegen, weil es dem Kläger als Handelsvertreter oblegen habe, darzutun und zu beweisen, daß die in dem Vertrag versprochenen Provisionen ganz oder jedenfalls in dem von ihm behaupteten Umfang das Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit darstelle; der darlegungspflichtige Kläger habe es unterlassen, insoweit greifbare Anhaltspunkte vorzulegen. Dem kann nicht beigetreten werden.

Richtig ist zwar, daß der Handelsvertreter bei der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs darlegen und beweisen muß, daß die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HGB erfüllt sind. Da nach dem Vertrag der Parteien die Provisionen, die der Kläger erhielt, auch seine Tätigkeit für die Lagerung, die Ausführung der Geschäfte und die Einziehung der Verkaufserlöse abgelten sollteⁿ, mußte der Kläger auch darlegen, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsanteile zugrundeliegen, die auf seine werbende Tätigkeit entfallen. Dieser, ihn treffenden, Darlegungslast ist der Kläger durch die Behauptung nachgekommen, ~~dieser~~ Anteil betrage bei ihm 10 %. Diesen Betrag hatte auch die Beklagte in der vorgerichtlichen Korrespondenz genannt (GA 40). Die Beklagte, die demgegenüber im Verfahren

/der auf Verwaltungstätigkeit entfallende

[Textkorrekturen auf dieser Seite
nach Rücksprache mit Dr. Mees
22/6.88 Q 7

vorgetragen hat, die verwaltende Tätigkeit des Klägers beim Betrieb der Tankstelle sei umfangreicher gewesen, deshalb sei auch ein größerer Teil der gezahlten Provision eine Vergütung für diese verwaltende Tätigkeit gewesen, mußte dieses Vorbringen im einzelnen darlegen und beweisen. Die Verpflichtung der Beklagten, Provisionen zu zahlen, hatte nämlich ihre Grundlage in dem von der Beklagten formulierten Vertrag, der den Rechtsbeziehungen der Parteien zugrunde lag. Die Beklagte hatte in dem Vertrag, in dem sie die Provisionssätze vorgegeben hatte, keine Aufteilung der Provisionen im einzelnen dafür vorgenommen, in welchem Umfang damit eine werbende und verwaltende Tätigkeit vergütet werden sollte. Da die Beklagte die Provisionssätze in dem Vertrag vorgegeben hatte, mußte sie auch über Erfahrungswerte darüber verfügen, wie sich die Provision aufteilen sollte. Wenn sie unter diesen Umständen den Kläger bei Vertragsschluß nicht darüber aufklärte und klare Abgrenzungen im Vertrag vornahm, wie die Provisionen anteilmäßig auf die unterschiedlichen Tätigkeiten aufzuteilen seien, muß sie im Fall einer Auseinandersetzung um die Auslegung des von ihr geschaffenen Vertrages - wie hier - im einzelnen darlegen, welche Aufteilung der Provisionen nach dem Vertrag angemessen ist, wenn sie von der Beurteilung ihres Vertragspartners abweichen will.

Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch nicht zu entnehmen, daß die Beklagte in sonstiger Weise bei Beginn oder während der Laufzeit des Vertrages eine Bewertung der Tätigkeiten vorgenommen hätte, aus der für den Kläger verbindlich hätte erkannt werden können, welcher Anteil der Provisionen auf die werbende und welcher Anteil auf die ver-

waltende Tätigkeit entfielen. Die Höhe der Umschlagsvergütung könnte zwar, wie der Senat (aaO, NJW 1985, 860, 862) ausgeführt hat, ein Anhaltspunkt für die Berechnung sein, wenn die Höhe der auf die verwaltende Tätigkeit gezahlten Vergütung zu beurteilen ist. Die Beklagte hat aber durch die Formulierung des Vertrages nicht zu erkennen gegeben, daß diese Maßstäbe auch für die Aufteilung der Provision als Entgelt für die unterschiedlichen Tätigkeiten regelmäßig maßgeblich sein sollten. Deshalb durfte das Berufungsgericht angesichts des Vorbringens des Klägers eine Aufteilung der Provisionen auch unter diesem Gesichtspunkt so nicht vornehmen oder den Kläger als darlegungspflichtig dafür ansehen, daß die mit der Provision abgegoltene verwaltende Tätigkeit nicht die gleiche sei, wie sie durch die Umschlagsvergütung abgegolten werde.

3. Nicht begründet sind die Angriffe der Revision dagegen, daß das Berufungsgericht eine Abzinsung des errechneten Ausgleichsbetrages vorgenommen hat. 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 Provisionsverlust angenommenen Betrages aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (BGH, Urt. v. 2.7.1987 - I ZR 188/85, ZIP 1987, 1383, 1387). Diese Abzinsung widerspricht auch im Streitfall nicht der Billigkeit. Entgegen der Auffassung der Revision wird die Prozeßdauer und der damit verbundene Nachteil des Klägers, das Geld doch erst später zu erhalten, dadurch ausgeglichen, daß dem Kläger Zinsen aufgrund des Zah-

lungsverzugs der Beklagten zustehen, die er im Streitfall auch geltend macht und die ihm durch das Berufungsgericht zugesprochen worden sind. Das Berufungsgericht hat bei der Bemessung der Höhe des Satzes der Abzinsung auch zu Recht die Progression der Abwanderungsquote berücksichtigt.

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

Merkel

Piper

Erdmann

Scholz-Hoppe

Mees