

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 287 Abs. 2, 377 Abs. 4

Hat der Tatrichter bei der Ermittlung der für den Ausgleichsanspruch eines Tankstellen-Handelsvertreters maßgeblichen Unternehmervorteile (§ 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB) gemäß § 377 Abs. 4 ZPO die Einholung schriftlicher Auskünfte von als Stammkunden in Betracht kommenden Zeugen angeordnet, ist es nicht verfahrensfehlerhaft, wenn das Gericht dabei nicht alle als Zeugen benannten Personen befragt, sondern sich mit Stichproben begnügt, sofern diese in hinreichendem Maße Rückschlüsse auf den Umsatz mit Stammkunden zulassen.

HGB § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1

Der Unternehmer hat aus der Geschäftsverbindung mit den von einem Tankstellenpächter als Handelsvertreter geworbenen Tankstellenkunden keinen Vorteil im Sinne des § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB, wenn die Kunden bei Ausscheiden des Handelsvertreters allein deshalb nicht mehr Kunden bleiben, weil der Pächter gewechselt hat oder weil sie infolge Gewöhnung an die Art und Weise der Bedienung und der Kundenbetreuung des bisherigen Pächters zu einer Umstellung auf den neuen Pächter nicht bereit sind, obwohl der Service des Nachfolgers bei Anlegung eines objektiven Maßstabes nicht schlechter ist als der des Vorgängers.

HGB § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2

Den Provisionsverlusten eines Tankstellen-Handelsvertreters (§ 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB) sind - wie allgemein bei Handelsvertretern - nur Provisionen für werbende (vermittelnde, abschließende) Tätigkeiten zu Grunde zu legen. Provisionen für die Erfüllung verwaltender Aufgaben (z.B. Lagerhaltung, Auslieferung, Inkasso) bleiben insoweit außer Betracht.

BGH, Urt. v. 15. November 1984 - I ZR 79/82 - OLG Hamburg
LG Hamburg

27

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 79/82

URTEIL

Verkündet am

15. November 1984

Walz

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

Deutsche S████ Aktiengesellschaft, gesetzlich vertreten
durch ihren Vorstand, Ü████ring █████, H████,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. █████ -

g e g e n

Kaufmann Jürgen K████, F████, I████,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. █████ -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 12. Zivilsenat, vom 6. April 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger war im Rahmen des Betriebs einer von ihm gepachteten Selbstbedienungstankstelle Handelsvertreter der Beklagten, einer Mineralölgesellschaft. In deren Namen und für deren Rechnung vertrieb er Vergaser- und Dieselkraftstoffe und andere Produkte. Für den Verkauf und die Ausführung der Geschäfte sowie für die Einziehung der Verkaufserlöse erhielt er

Provision (§ 3 Abs. 1 des Vertriebsvertrages vom 1. Februar 1974 in der ab 1. Juli 1977 geltenden Fassung). Eine weitere Provision war ihm für die Lagerung und Auslieferung von Kraftstoffen und anderen Produkten an solche Kunden zugesagt, die die Beklagte selber geworben und der Tankstelle des Klägers zugewiesen hatte (§ 3 Abs. 2 des vorerwähnten Vertriebsvertrages).

Die Vertragsbeziehungen der Parteien endeten durch ordentliche Kündigung der Beklagten zu Ende 1978. In diesem Jahre (1978) hatten sich die Provisionseinkünfte des Klägers auf 105.000,-- DM belaufen. Das entsprach einem Kraftstoffumsatz von 2.640.000 Liter. In den letzten fünf Jahren vor Vertragsende (1974 - 1978) hatte der Kläger eine durchschnittliche Jahresprovision von 109.010,-- DM erzielt.

Die Beklagte hat auf den von ihr dem Grunde nach anerkannten Ausgleichsanspruch des Klägers 22.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer gezahlt. Das hält der Kläger nicht für ausreichend. Er hat behauptet, er habe - von ihm namentlich genannte - 1.148 Kunden als Stammkunden geworben, die von den von ihm im Jahre 1978 insgesamt abgesetzten Mineralölprodukten 88 % der Vergaserkraftstoffe und 93 % der Dieselmotorkraftstoffe bezogen hätten. Bei Zugrundelegung dieses Absatzes an Stammkunden und einer Abwanderungsquote von jährlich 20 %

sei - unter Berücksichtigung einer angemessenen Abzinsung - der ihm zustehende Ausgleichsanspruch auf eine Jahresdurchschnittsprovision der letzten fünf Jahre festzusetzen.

Der Kläger hat beantragt,

an ihn einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Ausgleich zuzüglich 12 % Mehrwertsteuer nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Januar 1979 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und dazu vorgetragen, nicht alle der vom Kläger benannten 1.148 Kunden seien Stammkunden gewesen. Vielfach seien andere Ursachen als werbende Tätigkeit für einen Besuch an der Tankstelle des Klägers maßgebend gewesen. Darüber hinaus dürften bei der Berechnung der Provisionsverluste des Klägers nur solche Provisionseinnahmen des Jahres 1978 zugrundegelegt werden, die auf Umsätze infolge werbender Tätigkeit des Klägers entfielen. Provisionen für verwaltende Tätigkeiten wie Lagerung, Geschäftsführung, Inkasso seien nicht zu berücksichtigen. Wie sich aus den Vereinbarungen in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 des Vertriebsvertrages ergebe, beliefen sich diese Provisionen auf zwei Drittel der insgesamt an den Kläger gezahlten Vergütung.

Das Landgericht hat im Einverständnis mit den Parteien durch Einholung schriftlicher Auskünfte zur Frage der Stammkundeneigenschaft der vom Kläger benannten 1.148 Kunden Beweis erhoben. Die Beweiserhebung hat es mit Zustimmung der Parteien auf einen von ihm ausgewählten Kreis von 231 Personen beschränkt, von denen 166 auf das gerichtliche Auskunftersuchen geantwortet, 49 nicht geantwortet haben und die restlichen 16 unerreichbar waren.

Das Landgericht hat sodann die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte - nach Einholung weiterer Auskünfte von 32 der 49 Personen, die das Auskunftersuchen des Landgerichts nicht beantwortet hatten - unter Zurückweisung der Berufung und Abweisung der Klage im übrigen verurteilt, 41.216,-- DM nebst 5 % Zinsen seit Klageerhebung an den Kläger zu zahlen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Ziel, das klageabweisende Erkenntnis des Landgerichts in vollem Umfang wiederherzustellen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Bei der Berechnung der Provisionsverluste im Sinne des § 89 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB sei von den vollen

Provisionseinkünften des Klägers einschließlich der auf Verwaltungstätigkeiten wie Lagerhaltung und Inkasso entfallenden Provisionsanteile auszugehen. Grundsätzlich seien zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionen zugrunde zu legen, die auf Vermittlungstätigkeiten des Handelsvertreters entfielen, weil allein diese und nicht Verwaltungstätigkeiten für den Unternehmer über die Beendigung des Vertrages hinaus von Vorteil seien. Diese Rechtsprechung, die sich vor allem auf Versicherungsvertreter, Bausparkassenvertreter und Bezirksstellenleiter von Toto- und Lotto-Unternehmen beziehe, lasse sich aber auf Tankstellen-Handelsvertreter nicht übertragen. Die werbende Tätigkeit des Tankstellenhalters und die dafür gezahlten Provisionen könnten nicht von seinen sonstigen Diensten im Zusammenhang mit dem Absatz der Produkte des Mineralölunternehmens und dem dafür erzielten Einkommen getrennt werden. Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso seien typische Aufgaben eines Tankstellenhalters und ließen sich aus dessen werbender Tätigkeit nicht sinnvoll ausklammern. Darüber hinaus fehle es auch an einem praktikablen Maßstab für eine Aufteilung der als Gesamtprovision gezahlten Vergütung in Anteile für werbende und solche für verwaltende Tätigkeiten.

Die demgemäß in Ansatz zu bringenden vollen Provisionen seien aber bei der Berechnung des

Unternehmervorteils im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB nur insoweit zu berücksichtigen, als sie auf Umsätze des Klägers mit solchen Personen entfielen, die nach der Beweisaufnahme als Stammkunden anzusehen seien. Zu diesen zählten auch 17 Personen, die mit dem Ausscheiden des Klägers die Tankstelle gewechselt hätten, weil sie mit dem Service des Nachfolgers nicht einverstanden gewesen seien. Es liege im Risikobereich des Unternehmers, wenn der Nachfolgepächter geringere Leistungen bei der Betreuung der Kunden erbringe als der Vorgänger und so die Chance zur Nutzung des von diesem aufgebauten Kundenstamms nicht in vollem Umfang wahrnehme.

Danach entfalle im Jahre 1978 aus dem Kreis der in der Beweisaufnahme gehörten 198 Personen auf Stammkunden ein Treibstoffabsatz von 157.320 l. Hochgerechnet auf die vom Kläger behauptete Stammkundenanzahl von 1.148 ergebe das für 1978 einen Absatz an Stammkunden von 925.412 l = 35 % des Gesamtabsatzes von 2.640.000 l. Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch des Klägers seien daher 35 % der im Jahre 1978 gezahlten Provisionen von 105.000,-- DM = 36.750,-- DM. Einer Ausweitung der Beweisaufnahme im Hinblick darauf, daß von den als Zeugen ausgewählten 231 Personen 33 unerreichbar gewesen seien oder nicht geantwortet hätten, habe es nicht bedurft. Die Antworten von insgesamt 198 Zeugen reichten für

eine Schätzung der Anzahl der vom Kläger geworbenen Stammkunden aus.

Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien Provisionsverluste des Klägers in Höhe des Doppelten der im Jahre 1978 auf Stammkunden entfallenden Provisionen (36.750,-- DM) zu Grunde zu legen. Das ergebe sich bei Berücksichtigung eines Prognosezeitraumes von vier Jahren und einer Abwanderung der Stammkunden von 20 % pro Jahr. Bei einem Stammkundenanteil von 80 % im Jahre 1979 beliefen sich daher die Provisionsverluste des Klägers in diesem Zeitraum auf 29.400,-- DM, bei einem solchen von 60 % im Jahre 1980 auf 22.050,-- DM, von 40 % im Jahre 1981 auf 14.700,-- DM und von 20 % im Jahre 1982 auf 7.350,-- DM, zusammen auf 73.500,-- DM.

Danach betrage der Ausgleichsanspruch des Klägers nach Abzug einer Abzinsung von 20 % (14.700,-- DM) und der von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen (22.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer) 36.800,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer (12 % : 4.416,-- DM) = 41.216,-- DM. Umstände, die aus Billigkeitsgründen zu einer Minderung des Ausgleichsanspruchs hätten führen können, seien nicht gegeben. Die Betriebskosten, die der Kläger infolge Beendigung des Handelsvertretervertrages erspare, lägen nicht wesentlich über 50 % seiner insoweit zu berücksichtigenden Provisionseinkünfte und

rechtfertigten eine Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs aus Billigkeitserwägungen nicht.

II. Die gegen dieses Urteil gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz.

1. Landgericht und Berufungsgericht haben bei der Ermittlung der Vorteile, die die Beklagte aus der Tätigkeit des Klägers nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses gezogen hat (§ 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB), davon abgesehen, die insoweit als Zeugen in Betracht kommenden Kunden persönlich zu vernehmen. Stattdessen haben sie schriftliche Erklärungen dieser Zeugen eingeholt und verwertet. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Gemäß § 377 Abs. 4 ZPO durften die Vorinstanzen mit Rücksicht auf den Inhalt der Beweisfrage (Stammkundeneigenschaft des jeweiligen Zeugen) eine schriftliche Erklärung für ausreichend halten. Damit hatten sich die Parteien in beiden Vorinstanzen auch einverstanden erklärt.

2. Des weiteren hat sich das Berufungsgericht bei der Ermittlung der Unternehmervorteile (§ 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB) auf die Auskünfte von lediglich 198 Kunden aus dem Kreis der 1.148 Personen gestützt, von denen der Kläger behauptet hat, daß er sie als Stammkunden geworben habe. Weitere 33

Kunden, die zunächst in die Beweisaufnahme hatten einbezogen werden sollen, die aber die gerichtlichen Auskunftersuchen nicht beantwortet haben oder un- erreichbar waren, hat es unberücksichtigt gelassen. Auch das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Bei der Ermittlung der für den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB maßgeblichen Unternehmervorteile im Sinne des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dieser Bestimmung ist auszugehen von dem vom Handelsvertreter für den Unternehmer geschaffenen Kundenstamm, weil der Ausgleich nach § 89 b HGB die Vergütung für die Überlassung des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstamms an den Unternehmer ist (BGHZ 24, 214, 222; 30, 98, 101, 102; 61, 112, 116; st. Rspr.). Bei der Ermittlung dieser Vorteile braucht aber das Gericht nicht stets auf alle vom Handelsvertreter als Stammkunden bezeichneten Personen zurückzugreifen. Wäre - wie in vorliegender Sache - für eine lückenlose Beweiserhebung die Anhörung von hunderten von Zeugen erforderlich, darf sich das Gericht mit Rücksicht auf die mit der Anhörung einer so großen Anzahl von Zeugen verbundenen Schwierigkeiten und Kosten sowie mit Rücksicht darauf, daß auch durch eine solche Beweisaufnahme genau bezifferte Angaben über die Umsätze der Kunden nicht zu erwarten sind, mit Stichproben begnügen (§ 287 Abs. 2 ZPO; vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1964 - VII ZR 150/62, LM HGB § 89 b Nr. 22, L. Anmerkung Rietschel). Auch die Revision erhebt insoweit keine Bedenken.

b) Soweit sie geltend macht, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme diejenigen 33 Personen, die auf die gerichtlichen Auskunftersuchen nicht geantwortet hätten oder unerreichbar gewesen seien, unberücksichtigt gelassen und dadurch den Anteil der Stammkunden am Umsatz zum Nachteil der Beklagten zu hoch festgesetzt, kann sie damit keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat die 33 Kunden, deren Nichtanhörung die Revision bemängelt, weder als Lauf- noch als Stammkunden angesehen. Das ist nicht zu beanstanden. Die Unerreichbarkeit oder das Schweigen dieser Personen lassen Rückschlüsse weder in der einen noch in der anderen Richtung zu.

Die verbleibende Zahl von 198 Zeugen reichte für eine Schätzung des Treibstoffabsatzes an Stammkunden aus. Erforderlich war insoweit die Einbeziehung einer so großen Zahl von Kunden, daß im Rahmen der nach § 287 Abs. 2 ZPO anzustellenden Schätzung hinreichend sichere Rückschlüsse auf den Umsatz mit Stammkunden möglich waren. Diese Voraussetzung durfte das Berufungsgericht bei Vorliegen der Antworten von 198 Personen (= 17 % der als Stammkunden in Betracht kommenden Personen = 86 % der zunächst um Auskunft ersuchten) für gegeben halten. Schon der vom Berufungsgericht auf der Grundlage der Befragung von 198 Personen ermittelte Anteil der Stammkunden am Treibstoff-

umsatz von 35 % hatte sich gegenüber dem vom Landgericht auf der Grundlage der Befragung von 166 Personen ermittelten Anteil von ebenfalls 35 % nicht mehr verändert. Daß eine nochmalige Ausweitung der Beweiserhebungen zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, kann nicht vorausgesetzt werden. Auch die Beklagte hat auf Anfrage des Berufungsgerichts ausdrücklich erklärt, daß bei 198 Antworten von 231 befragten Kunden ein repräsentatives Ergebnis zu gewinnen sei (Schriftsatz vom 23.12.1981, Seite 2 = Blatt 168 GA).

3. Das Berufungsgericht hat 17 der vom Kläger geworbenen Kunden - obwohl diese Kunden nach den getroffenen Feststellungen mit dem Ausscheiden des Klägers aus der Vertriebsorganisation der Beklagten die Tankstelle gewechselt hatten - als Stammkunden angesehen, weil der Service des Nachfolgers des Klägers diesen Kunden nicht gefallen habe und es im Risikobereich des Unternehmers liege, wenn der Nachfolgepächter infolge geringerer Leistungen als der Vorgänger Kunden verliere und die Chance zur Nutzung des vom Vorgänger aufgebauten Kundenstamms dadurch vertan werde. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Die Vorteile, die der vom Handelsvertreter geschaffene Kundenstamm bietet, sind als Unternehmer Vorteile im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB bei der Berechnung des Handelsvertreteraus-

gleichs zu berücksichtigen, wenn der Unternehmer im Rahmen einer sachgerechten kaufmännischen EntschlieÙung in der Lage ist, die vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsbeziehungen fortzuführen. Die Möglichkeit dazu besteht jedoch 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 der Kundenbetreuung des bisherigen Pächters zu einer Umstellung auf den neuen Pächter nicht bereit sind, obwohl der Service des Nachfolgers bei Anlegung eines objektiven Maßstabs (BGHZ 56, 242, 246) auch nicht schlechter ist als der des Vorgängers. In diesen Fällen hat der Handelsvertreter die Kunden nicht als Stammkunden für den Unternehmer geworben. So liegt es hier. Aus den vom Berufungsgericht in bezug genommenen Auskünften ergibt sich, daß 10 der in Rede stehenden 17 Kunden (Becker, Böning, Hengevoss, Kinder, Kurth, Magers, Malucha, Helmut Müller, Schlemmermeier und Schuldt) aus persönlicher Zufriedenheit mit dem Kläger dessen Tankstelle besucht und diese allein auf Grund des Ausscheidens des Klägers nicht mehr aufgesucht haben, ohne daß dafür schlechtere Leistungen des Nachfolgers maßgebend waren. Aber auch die Auskünfte der restlichen 7 Zeugen (Behrenshausen, Caspari, Hartfiel, Kathmann, Knigge, Martin Müller, Walter Müller sen.), die erkennen lassen, daß diesen Kunden das Verhalten des Nachfolgepächters nicht zugesagt hatte, lassen nicht

erkennen, daß der Nachfolger einen objektiv schlechteren Service gewährt habe, als der Kunde vom Tankstellenhalter erwarten kann. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht den Treibstoffabsatz an die vorgenannten 17 Kunden - ohne den sich der vom Berufungsgericht ermittelte Stammkundenanteil am Gesamtabatz von 35 % auf 28 % vermindert - nicht als Absatz an Stammkunden berücksichtigen.

4. Des weiteren ist das Berufungsgericht bei der Ermittlung der Provisionsverluste des Klägers (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB) davon ausgegangen, daß auch solche Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen seien, die der Handelsvertreter über Provisionen für werbende (vermittelnde, abschließende) Maßnahmen hinaus für verwaltende Tätigkeiten (Lagerhaltung, Auslieferung, Inkasso) erhalten habe. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Handelsvertreter den Ausgleich nach § 89 b HGB nur unter Berücksichtigung der Provisionen für werbende, nicht auch derjenigen für verwaltende Tätigkeiten beanspruchen. Das hat der Bundesgerichtshof wiederholt nicht nur für Versicherungsvertreter (BGHZ 30, 98, 101, 102, 103; 55, 45, 49, 50), für Bausparkassenvertreter (BGHZ 34, 310, 313, 314, 315; 59, 125, 128, 129, 130) und für Bezirksstellenleiter

von Toto- und Lotto-Unternehmen (BGHZ 59, 87, 94; BGH, Urt. v. 4.6.1975 - I ZR 130/73, LM HGB § 89 b Nr. 48 Bl. 2 R, 3 = WM 1975, 931, 935) ausgesprochen, sondern allgemein auch für Warenvertreter (BGHZ 30, 98, 101, 102, 103; 55, 45, 50; 56, 242, 248). Wie ausgeführt, ist der Ausgleich nach § 89 b HGB das Entgelt für die Schaffung des Kundenstamms. Die Schaffung des Kundenstamms ist aber nicht die Folge verwaltender, für den Handelsvertreter untypischer Tätigkeiten wie Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso (vgl. § 87 Abs. 4 HGB), sondern Ergebnis seiner erfolgsbedingten, d.h. werbenden (vermittelnden, abschließenden) Tätigkeit. Es würde daher zu Sinn und Zweck des Anspruchs nach § 89 b HGB in Widerspruch stehen, bei der Berechnung des Ausgleichs über die auf werbende Tätigkeiten entfallenden Provisionen oder Provisionsanteile hinaus auch solche Entgelte zugrunde zu legen, die auf verwaltende Maßnahmen entfielen. 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 (Lagerhaltung, Auslieferung, Inkasso) - für den Begriff des Handelsvertreters nicht wesentlich sind und für die Werbung des Kundenstamms keine entscheidende Rolle spielen (BGHZ 30, 98, 101, 102; 55, 45, 50, 51; BGH, Urt. v. 4.6.1975 - I ZR 130/73, a.a.O.).

Danach müssen - anders als bei der Berechnung des Höchstbetrages nach § 89 b Abs. 2 HGB, der in Anlehnung an das bisherige Einkommen des Handelsvertreters zu ermitteln ist und deshalb die Berücksichtigung aller Provisionen einschließlich der für verwaltende Tätigkeiten verlangt, die dem Handelsvertreter in den in § 89 b Abs. 2 HGB genannten Zeiträumen zugeflossen sind (BGHZ 55, 45, 53, 54; 56, 242, 249, 250) - im Rahmen der Ermittlung der Provisionsverluste des Handelsvertreters nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB andere Provisionen als solche für werbende Tätigkeiten außer Betracht bleiben. Für Tankstellen-Handelsvertreter gilt insoweit nichts anderes. Zwar ist es auf Grund der Abreden zwischen ihm und dem Mineralölunternehmen regelmäßig Sache des Handelsvertreters, Kraftstoffe und andere Waren des Unternehmers vorrätig zu halten, an den Kunden auszuliefern und das Inkasso zu besorgen. Es ist auch richtig, daß diese Aufgaben mit der werbenden Tätigkeit des Tankstellen-Handelsvertreters tatsächlich eng verknüpft sind. 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 tätigkeitsbezogenen und deshalb für ihn nicht typischen Aufgaben zu unterscheiden.

Danach durfte das Berufungsgericht die in § 3 Abs. 2 des Vertriebsvertrages vorgesehenen Provisionen für

Lagerung und Auslieferung an Kunden, die die Beklagte selber geworben und dem Kläger zur Bedienung zugewiesen hatte, nicht berücksichtigen, sofern solche Provisionen - was nach dem Vortrag der Parteien zweifelhaft erscheint, nach den Ausführungen des Berufungsgerichts (UA S. 12 oben) aber nicht ausgeschlossen werden kann - überhaupt gezahlt worden sein sollten. Darüber hinaus mußte das Berufungsgericht bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB auch die Provisionsanteile ausscheiden, die von den nach § 3 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 des Vertriebsvertrages gezahlten Provisionen auf verwaltende Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Verkauf, der Ausführung der Geschäfte und der Einziehung der Verkaufserlöse (Lagerung, Auslieferung, Inkasso) entfallen. Die vom Berufungsgericht aufgezeigten Schwierigkeiten hinsichtlich der Bewertung der Provisionsanteile für werbende und andere Tätigkeiten standen dem nicht entgegen. Solche Schwierigkeiten, die das Berufungsgericht vorliegend überbewertet hat, ergeben sich bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs des öfteren. Es ist dann Sache des Tatrichters, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen - dessen Hinzuziehung die Beklagte auch beantragt hatte - die für eine Schätzung der jeweiligen Provisionsanteile nach § 287 Abs. 2 ZPO erforderlichen Feststellungen zu treffen (BGHZ 55, 45, 50, 51). Dabei können auch die Vereinbarungen der Parteien Hinweise auf den Umfang der werbenden und der verwaltenden Tätigkeit

des Handelsvertreters geben. Insoweit ist vorliegend zu berücksichtigen, daß die Parteien in § 3 Abs. 2 des Vertriebsvertrages ein Entgelt in bestimmter Höhe ausschließlich für die Erledigung von Verwaltungsaufgaben vorgesehen haben, wie sie auch in der nach § 3 Abs. 1 gezahlten (Gesamt-)Provision für werbende und gleichgelagerte verwaltende Aufgaben mitenthalten ist. Inwiefern die Provisionsvereinbarung in § 3 Abs. 2 ungeeignet ist, bei der Bemessung des auf Verwaltungstätigkeiten entfallenden Anteils der Provision nach § 3 Abs. 1 als Berechnungsmaßstab oder jedenfalls als Anhalt dafür zu dienen, ist den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen. Da Tätigkeiten, wie sie nach § 3 Abs. 2 des Vertriebsvertrages zu vergüten sind, den von § 3 Abs. 1 mitumfaßten Aufgaben entsprechen, kann eine Subtraktion insoweit jedenfalls einen Anhalt für das Höchstmaß dessen aufzeigen, was an Provisionen für werbende Aufgaben in Betracht zu ziehen ist.

5. Die Feststellungen und Ausführungen des Berufungsgerichts im übrigen - insbesondere zur Ermittlung des Umfangs des Kundenstamms, der Abwanderungsquote und der Nichtberücksichtigung von Billigkeit Gesichtspunkten (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) - lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie werden von der Revision auch nicht angegriffen.

6. Demgemäß war auf die Revision der Beklagten das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zur Höhe der auf die werbende Tätigkeit des Klägers entfallenden Provisionsanteile bedarf es weiterer vom Tatrichter zu treffender Feststellungen.

v. Gamm

Piper

Erdmann

Teplitzky

Mees