

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 142/97

Verkündet am:
08. Juli 1998
Groß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Beyer, Dr. Leimert und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. März 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von mehr als 19.213,79 DM nebst 5 % Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war vom 15. September 1969 bis zum 30. September 1993 Halter einer Tankstelle an der N. Straße in B. -N., die seit dem 1. Januar 1976 von der Beklagten betrieben wird. Nach dem mehrfach geänderten und ergänzten "Tankstellen-Verwalter-Vertrag" der Parteien vom 12. Februar/9. März 1981, der einen früheren Vertrag ablöste, oblagen dem Kläger als Handelsvertreter die Lagerung und der Vertrieb von Kraft- und Schmierstoffen sowie sonstiger Erzeugnisse der Beklagten. Den Kraftfahrzeug-Pflegedienst sowie den "Shop-Verkauf" von Kraftfahrzeug-Ersatz- und -Zubehörteilen und "Folgemarkartikeln", die er vorrangig über die Beklagte zu beziehen hatte, übte der Kläger im eigenen Namen und für eigene Rechnung aus.

Mit Schreiben vom 10. März 1993 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 30. September 1993. Mit Anwaltschreiben vom 25. April und 24. Juni 1994 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich zur Zahlung eines näher berechneten Handelsvertreter-Ausgleichs in Höhe von 177.685,63 DM auf.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung des vorgenannten Betrages nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1993 sowie weiterer 3 % Zinsen seit dem 25. Juni 1994 verklagt. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, wie hoch der Anteil der von dem Kläger geworbenen Stammkunden am Gesamtumsatz ist. Der Kläger hat insoweit unter Hinweis auf eine bundesweite Reprä-



sentativumfrage der ARAL AG aus dem Jahre 1988, nach der 62 % der Autofahrer ihren Bedarf an einer einzigen Tankstelle und weitere 22 % an zwei oder drei Tankstellen decken, einen Anteil von 84 % behauptet. Die Beklagte hat lediglich einen Anteil von 15 % zugestanden. Ferner haben die Parteien unter anderem darüber gestritten, ob die Einnahmen des Klägers aus dem Shop-Verkauf bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen sind.

Unter Abweisung der Klage im übrigen hat das Landgericht dem Kläger für den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen der Beklagten einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 33.515,37 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1993 zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat ihm insoweit auf seine Berufung, mit der er die abgewiesene Zinsmehrforderung insgesamt fallen gelassen hat, 35.040 DM zuerkannt. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er den Ausgleichsanspruch für den Shop-Verkauf in Höhe von 19.213,79 DM nicht weiterverfolgt und zuletzt noch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 123.431,84 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1993 erstrebt. Soweit er zunächst zusätzlich 3 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1993 begehrt hat, hat der erkennende Senat, wie dem Beschluß vom 13. Mai 1998 zu entnehmen ist, die Annahme der Revision abgelehnt.

Entscheidungsgründe:

I. Zu dem in der Revisionsinstanz allein noch streitigen Ausgleichsanspruch des Klägers aus § 89 b HGB für den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen der Beklagten hat das Berufungsgericht im wesentlichen ausgeführt:

Der Kläger habe die Anspruchsvoraussetzungen entgegen der ihm obliegenden Darlegungslast nicht schlüssig vorgebracht. Ausgleichspflichtig seien nur die Umsätze mit den vom Kläger für die Beklagte geworbenen Stammkunden. Der Kläger sei wie jeder andere Handelsvertreter in der Lage gewesen, rechtzeitig vor der Vertragsbeendigung alle Stammkunden listenmäßig zu erfassen. Ein Anlaß zur Bevorzugung des Tankstellenpächters vor anderen Handelsvertretern bestehe nicht. Die Berechnung des auf Stammkunden entfallenden Umsatzanteils anhand von Umfrageergebnissen sei ausgeschlossen. Die bundesweiten Befragungen ließen wegen der örtlichen und betrieblichen Besonderheiten der einzelnen Tankstellen einen tragfähigen Schluß auf die Verhältnisse an der Tankstelle des Klägers nicht zu. Das gelte auch für private Umfrageergebnisse an einer benachbarten Tankstelle. Die vom Kläger vorgelegte Liste mit 75 Kundennamen sei mangels Angabe der jeweiligen durchschnittlichen Monatsumsätze ungeeignet.

Danach könne bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Klägers nur der von der Beklagten zugestandene Stammkundenanteil von 15 % am Gesamtumsatz zugrunde gelegt werden. Das seien bei einer Provision der Klägerin von unstreitig 134.925 DM netto im letzten Vertragsjahr

20.238,75 DM. Dieser Betrag sei wegen verwaltender Tätigkeit des Klägers um 10 % auf 18.214,87 DM zu kürzen. Entgegen der weitergehenden Forderung des Klägers sei in den ersten vier Nachvertragsjahren eine jährliche Abwanderungsquote von 20 %, jeweils bezogen auf das Jahresende im Vergleich zum Vorjahr, anzunehmen. Die auszugleichenden Provisionsverluste des Klägers beliefen sich mithin auf (14.571,90 DM + 11.657,52 DM + 9.326,02 DM + 7.460,81 DM =) 43.016,25 DM. Dieser Betrag sei wegen der Sogwirkung der Mineralölmarke der Beklagten um 15 % auf 36.563,81 DM zu mindern und anschließend nach der sogenannten Hoffmannschen Formel bei einem geschätzten Zinssatz von 5 % und einem Zeitraum von vier Jahren auf 30.469,84 DM abzuzinsen. Zusätzlich 15 % Mehrwertsteuer ergebe sich letztlich ein Ausgleichsanspruch des Klägers in Höhe von 35.040 DM.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Kläger habe den ihm als Handelsvertreter für den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen der Beklagten zustehenden Ausgleichsanspruch aus § 89 b HGB der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters die letzte Jahresprovision zugrunde zu legen und davon wegen der besonderen Fluktuation des Kundenkreises beim Tankstellenbetrieb nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Tankstellenhalter für Umsätze

mit - von ihm neu geworbenen - Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB besteht (Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 92/96 und VIII ZR 150/96 = WM 1998, 25 und 31 unter B I 2 bzw. B I 1 m.w.Nachw.).

Zu Recht beanstandet die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht bei der Feststellung des Stammkundenanteils die vom Kläger vorgelegte Repräsentativumfrage der ARAL AG völlig unberücksichtigt gelassen hat. Wie der Senat nach Erlaß des Berufungsurteils entschieden hat, kommt die Umfrage unabhängig davon, daß sich aus ihr keine statistisch sichere Aussage für einzelne Großstädte und den Kundenkreis einer einzelnen Tankstelle ableiten läßt, jedenfalls als Grundlage einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO in Betracht. Im anonymen Massengeschäft einer großstädtischen Selbstbedienungstankstelle wie der des Klägers drängt es sich geradezu auf, die für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs erforderlichen Daten nach Möglichkeit durch die Verwertung vorhandenen statistischen Materials zu gewinnen, anstatt in jedem Einzelfall zeit- und kostenaufwendige Erhebungen durchzuführen und durch umfangreiche Beweisaufnahmen nachzuvollziehen, deren Aussagekraft im Vergleich zu professionell durchgeführten statistischen Untersuchungen eher zweifelhaft ist (Urteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 2 c bzw. B I 1 c). Daran wird festgehalten.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung ist die ARAL-Umfrage nicht wegen örtlicher und betrieblicher Besonderheiten der einzelnen Tankstellen als Schätzgrundlage ungeeignet. Es handelt sich um

eine repräsentative Befragung im gesamten früheren Bundesgebiet, in deren Ergebnisse unter anderem auch die Tankgewohnheiten von Kunden solcher Tankstellen eingeflossen sind, die wie diejenige des Klägers im Bereich von Durchgangsstraßen in Großstädten angesiedelt sind. Da sich die ARAL-Umfrage auf das gesamte frühere Bundesgebiet erstreckt hat, kann entgegen dem von der Revisionserwiderung zitierten Vortrag der Beklagten auch keine Rede davon sein, daß die in der Umfrage beschriebene Situation "erkennbar auf den Zustand B. vor der Wiedervereinigung abgestellt" ist (vgl. zu alledem auch Senatsurteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 2 c bb bzw. B I 1 c).

Der Verwertung der ARAL-Umfrage als Schätzgrundlage steht schließlich auch nicht entgegen, daß die Beklagte ihre Richtigkeit bestritten hat. Dieses Bestreiten war unsubstantiiert. Die Revisionserwiderung vermag keinen Vortrag der Beklagten dazu aufzuzeigen, aus welchem Grunde die Ergebnisse der Umfrage falsch sein sollen.

2. Nach der somit in der Revisionsinstanz zugunsten des Klägers zugrunde zu legenden ARAL-Umfrage sind 84 % der Kunden Stammkunden, weil es sich auch bei den 22 % der Kunden, die ihren Bedarf an zwei oder drei Tankstellen decken, um Mehrfachkunden handelt (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 2 c bb bzw. B II 1). Damit wird entgegen der Unterstellung der Revisionserwiderung nicht bereits jeder Tankkunde als Stammkunde behandelt, der zweimal an einer Tankstelle tankt. Vielmehr beruht die Einstufung der 22 % Kunden, die ihren Bedarf an zwei oder drei Tankstellen decken, als Stammkunden auf der Annahme, daß jeder Autofah-

rer im statistischen Durchschnitt 36 mal im Jahr tankt (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 2 d bzw. B II 2). Die 22 % Kunden, die ihren Bedarf an zwei oder drei Tankstellen decken, tanken somit durchschnittlich an jeder dieser Tankstellen 18 oder 12 mal im Jahr.

Daß alle Stammkunden des Klägers aus dem letzten Vertragsjahr von ihm neu geworben worden sind, kann angesichts dessen, daß er 24 Jahre Halter der Tankstelle war, nicht zweifelhaft sein. Bei 84 % Stammkunden beträgt der Anteil der Stammkunden am Umsatz mindestens, wie vom Kläger geltend gemacht, ebenfalls 84 %; denn es steht außer Frage, daß der Umsatzanteil des einzelnen Mehrfachkunden, der sich aus durchschnittlich 12 bis 36 Tankvorgängen im Jahr errechnet, den Umsatzanteil eines Laufkunden übersteigt.

3. Ist mithin in der Revisionsinstanz bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Klägers von einem Stammkundenumsatzanteil von 84 % auszugehen, beträgt dieser Anteil bei einer Gesamtprovision des Klägers von unstreitig 134.925 DM netto im letzten Vertragsjahr 113.337 DM. Von diesem Ausgangspunkt aus bedurfte es keiner Entscheidung mehr, wie der Abwanderungsverlust zu berechnen ist (vgl. dazu Senatsurteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 3 bzw. B II 3), ob ein Abzug für die sogenannte Sogwirkung der Treibstoffmarke der Beklagten vorzunehmen ist und ob und gegebenenfalls wie eine Abzinsung zu erfolgen hat (vgl. dazu Senatsurteile vom 6. August 1997 aaO unter B I 4 bzw. B II 5). Selbst wenn in allen Punkten zuungunsten des Klägers der Berechnung des Berufungsgerichts zu folgen sein sollte, ergäbe sich gemäß der nachstehenden Aufstellung ein Aus-

gleichsbetrag, der die Durchschnittsprovision des Klägers in den letzten fünf Jahren übersteigt und deswegen gemäß § 89 b Abs. 2 HGB auf diesen - vom Kläger auch nur geltend gemachten - Betrag herabzusetzen wäre.

Letzte Jahresprovision unstreitig netto	134.925,00 DM
davon Stammkundenanteil gemäß der Behauptung des Klägers 84 %	113.337,00 DM
davon werbende Tätigkeit unstreitig 90 %	<u>102.003,30 DM</u>
Abwanderung nach der Berechnungsmethode des Berufungsgerichts (vgl. oben I.)	
- erstes Nachvertragsjahr	81.602,64 DM
- zweites Nachvertragsjahr	65.282,11 DM
- drittes Nachvertragsjahr	52.225,69 DM
- viertes Nachvertragsjahr	<u>41.780,55 DM</u>
insgesamt	240.890,99 DM
abzüglich 15 % "Sogwirkung der Marke"	<u>36.133,65 DM</u>
verbleiben	<u>204.757,34 DM</u>
abgezinst nach der Hoffmannschen Formel $\frac{100 \times \text{Ausgleichsbetrag}}{100 + (\text{Zinssatz} \times \text{Abzinsungszeitraum})}$ (vgl. BGH 115, 307, 310) bei einem Zins- satz von 5 % und einem Abzinsungszeit- raum von vier Jahren	170.631,11 DM
zuzüglich 15 % MWSt	<u>25.594,67 DM</u>
insgesamt	<u>196.225,77 DM</u>

Durchschnittsprovision der letzten fünf Jahre unstreitig netto	137.801,60 DM
zuzüglich 15 % MWSt	<u>20.670,24 DM</u>
insgesamt	<u>158.471,84 DM</u>

Danach hat das Berufungsgericht, das dem Kläger nur 35.040 DM zugesprochen hat, diesem den Unterschiedsbetrag von 123.431,84 DM nach den bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht versagt.

III. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO).

Allerdings könnte der Ausgleichsanspruch des Klägers wegen Versäumung der Anmeldefrist nach § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB ausgeschlossen sein. Das Gericht hat die Versäumung der Frist im Gegensatz zur Anspruchsverjährung von Amts wegen zu beachten (Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl., § 89 b Rdnr. 108; MünchKomm/von Hoyningen-Huene, HGB, § 89 b Rdnr. 208), auch in der Revisionsinstanz (§ 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO). § 89 b HGB ist hier gemäß Art. 29 EGHGB in der am 31. Dezember 1989 geltenden Fassung anzuwenden, da das Vertragsverhältnis der Parteien vor dem 1. Januar 1990 begründet und noch vor Ablauf des Jahres 1993 beendet worden ist. Nach § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F. ist der Ausgleichsanspruch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen. Sollte die Anmeldung hier erstmals mit dem Anwaltsschreiben vom

25. April 1994 erfolgt sein, wäre die Frist versäumt, da das Vertragsverhältnis der Parteien aufgrund der Kündigung der Beklagten mit Ablauf des 30. September 1993 geendet hat. Für eine erstmalige Anmeldung des Ausgleichsanspruchs mit dem Schreiben vom 25. April 1994 könnte dessen Einleitungssatz ("Herr S. hat mich beauftragt, seinen Ausgleichsanspruch als Handelsvertreter ... gegen Ihre Gesellschaft anzumelden und durchzusetzen.") sprechen. Feststellungen hat das Berufungsgericht dazu indessen nicht getroffen. Zwar fehlt - soweit aus dem Berufungsurteil ersichtlich - hierzu auch Vortrag der Parteien, namentlich des für die fristgerechte Geltendmachung seines Ausgleichsanspruchs darlegungs- und beweispflichtigen Klägers (vgl. Staub/Brüggemann aaO, Rdnr. 123; MünchKomm/von Hoyningen-Huene aaO Rdnr. 208). Das kann jedoch darauf beruhen, daß die Parteien rechtsirrig davon ausgegangen sind, die Anmeldefrist betrage hier gemäß § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB in der geltenden Fassung ein Jahr. Daher ist ihnen gemäß § 139 Abs. 1 ZPO Gelegenheit zu geben, zu der von ihnen bislang ersichtlich nicht für entscheidungserheblich angesehenen Frage einer fristgerechten Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs ergänzend vorzutragen. Da das in der Revisionsinstanz nach § 561 Abs. 1 ZPO nicht möglich ist, kann der erkennende Senat insoweit nicht abschließend entscheiden.

IV. Nach alledem kann das Berufungsurteil im angefochtenen Umfang keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es noch tatsächlicher Feststellungen zur Anmeldung des Ausgleichsanspruchs durch den Kläger und gegebenenfalls zur Höhe des Stammkundenumsatzanteils bedarf; in diesem Zusammenhang mag auch der

neue Tatsachenvortrag der Revisionserwiderung in der Revisionsverhandlung Berücksichtigung finden. Daher war das Berufungsurteil in dem oben bezeichneten Umfang aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Beyer

Dr. Leimert

Wiechers