# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 149/09

Verkündet am:
19. Januar 2011
Ermel
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 18. Mai 2009 wird als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen die vom Berufungsgericht berücksichtigte Aufrechnung mit einer Forderung auf Leistung einer Einstandszahlung in Höhe von 53.542,67 € und mit einer Forderung auf Rückzahlung eines Zuschusses in Höhe von 17.400 € richtet. Im Übrigen wird das Urteil auf die Revision der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin betrieb - zuletzt auf der Grundlage zweier mit der Beklagten geschlossener Tankstellenverträge ("System Plus") - vom 1. Oktober 1998 bis zum 1. April 2007 eine in B. gelegene und im Zeitraum vom 16. Septem-

ber 2003 bis zum 28. September 2006 eine in D. errichtete Tankstelle der Beklagten. Dabei übernahm sie im Namen und für Rechnung der Beklagten als deren Handelsvertreterin den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen sowie von Shopwaren. Die Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis über die Tankstelle in D. zum 30. September 2006 und das weitere Vertragsverhältnis über die Tankstelle in B. zum 31. März 2007. Bei der Tankstation in B. erzielte die Klägerin im letzten Vertragsjahr im Kraft- und Schmierstoffgeschäft eine Provision von 99.512,58 € netto und im Shopbereich eine Provision in Höhe von 79.562,42 € netto. Die im letzten Vertragsjahr an der Tankstelle D. erwirtschaftete Nettoprovision belief sich im Kraft- und Schmierstoffsektor auf 59.596,52 € netto und bei den Shopwaren auf 64.625,72 € netto.

2 Die Klägerin hat nach erfolgloser Zahlungsaufforderung mit ihrer am 25. Januar 2008 zugestellten Klage für beide Tankstellen einen Ausgleichsanspruch in Höhe von zunächst 274.005,63 € brutto nebst Zinsen geltend gemacht. Später hat sie ihre Klagforderung auf 267.228,33 € brutto (145.041,66 € zuzüglich 122.186,64 €) ermäßigt. Die Parteien streiten nicht nur über die ordnungsgemäße Berechnung des Handelsvertreterausgleichs, sondern auch über den Bestand zweier von der Beklagten zur Aufrechnung gestellter Gegenforderungen. Die Beklagte verlangt Erfüllung einer im Vertrag über die Tankstelle in D. vereinbarten, bislang nicht geleisteten Einstandszahlung von 52.000 € netto (nebst Zinsen) und nimmt die Klägerin zudem auf Rückzahlung eines Zuschusses für die Tankstation in B. in Höhe von 17.400 € brutto in Anspruch. Auf den geltend gemachten Ausgleichsanspruch hat die Beklagte Zahlungen in Höhe von 87.300 € (Tankstelle B. ) und von 7.631,09 € (Tankstelle D. ) geleistet.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

3 Das Landgericht hat der Klägerin nach Abzug der von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen und unter Berücksichtigung der von dieser bereits geleisteten Zahlungen einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 187.356,19 € nebst Zinsen zugesprochen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin und des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Verurteilung der Beklagten auf 134.878,35 € nebst Zinsen ermäßigt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin eine Verurteilung der Beklagten in Höhe der zuletzt geltend gemachten Klagforderung (267.228,30 € zuzüglich Zinsen).

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat, soweit sie zulässig ist, Erfolg.

A.

5 Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin stehe nach § 89b HGB für beide Tankstationen ein Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von insgesamt 300.772,11 € zuzüglich Zinsen zu (181.732,32 € für die Tankstelle B. und 119.039,79 € für die Tankstelle in D. ), von denen aufgrund der getroffenen Vereinbarungen 53.542,67 € (Einstandszahlung) und 17.400 € (Rückforderung Zuschuss) sowie die von der Beklagten geleisteten Zahlungen (87.320 € und

7.631,09 €) in Abzug zu bringen seien. Damit verbleibe ein restlicher Anspruch der Klägerin in Höhe von 134.878,35 € (nebst Zinsen). Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien bei beiden Tankstellen die im letzten Vertragsjahr im Tanksektor und im Shopgeschäft unstreitig erzielten Nettoprovisionen von 99.512,58 € und 79.562,42 € (B. ) sowie von 59.596,52 € und 64.625,72 € (D. ) zugrunde zu legen. In beiden Geschäftsbereichen seien hiervon jeweils 10 % für verwaltende Tätigkeiten abzuziehen, denn bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs blieben solche Provisionsanteile unberücksichtigt, die ausschließlich verwaltenden Zwecken dienten.

7 Von der sonach verbleibenden, für werbende Tätigkeiten gezahlten Jahresprovision in Höhe von 89.561,32 € und 71.606,18 € netto (jeweils B. ) sowie von 53.636,87 € und 58.163,15 € netto (jeweils D. ) sei aber nur der Teil zu berücksichtigen, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten habe. Im Tankbereich seien nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als Stammkunden diejenigen Kunden anzusehen, die mindestens viermal im Jahr bei derselben Tankstelle tankten. Ausgehend von diesen Prämissen sei der Stammkundenanteil im Tankgeschäft aufgrund der von der Klägerin vorgelegten Erhebungen bei der Station B. auf 85,48 % und bei der Station D. auf 83,12 % zu schätzen. Dabei sei bei der Ausgabe von mehreren Tankkarten an ein Unternehmen nicht der einzelne Kartennutzer, sondern der Karteninhaber als Stammkunde anzusehen. Bei der Ermittlung des Stammkundenanteils sei zudem zu berücksichtigen, dass manche Kunden ihre Kraftstoffkäufe über verschiedene Karten abwickelten (so genannte Kartenwechsler). Im Shopgeschäft sei dagegen nur derjenige Kunde als Stammkunde einzustufen, der mindestens zwölfmal jährlich dort einkaufe. Die Stammkundeneigenschaft sei in Abhängigkeit von der zu verkaufenden Produktgruppe zu bestimmen. In Tankstellenshops dürften im Wesentlichen kleinere Einkäufe des täglichen Bedarfs erledigt werden. Da man diese

Produkte häufiger benötige als Treibstoff, sei hierbei ein kürzeres Wiederholungsintervall und damit eine höhere jährliche Nachkauffrequenz als beim Tankgeschäft anzusetzen. Der Stammkundenanteil am Shopgeschäft belaufe sich daher - bei Zusammenrechnung der im Namen eines Karteninhabers durch die von ihm autorisierten Tankkartennutzer getätigten Kaufvorgänge und unter Berücksichtigung der Kartenwechsler - auf lediglich 40,44 % (B. ) beziehungsweise auf 31,70 % (D. ).

8 Die sonach bereinigten Jahresprovisionen im letzten Vertragsjahr seien unter Ansatz einer für die Verlustprognose (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB [aF]) maßgeblichen - unstreitig gebliebenen - Abwanderungsquote von jährlich 20 % mit 200 % zu multiplizieren. Hiervon sei mit dem Landgericht bei beiden Tankstellen ein - im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellter - Billigkeitsabzug (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB [aF]) von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke S. vorzunehmen. Zudem sei hinsichtlich der Tankstation in B. ein Abzug in Höhe von weiteren 10 % gerechtfertigt, weil der geschäftsführende Gesellschafter der Klägerin noch während der Vertragslaufzeit unerlaubt eine Tankstelle der Konkurrenz (A. ) übernommen habe.

9 Die vom Landgericht nach der Multifaktorentabelle von Gillardon vorgenommene Abzinsung bei einem Zinssatz von 5 % sei von den Parteien nicht angegriffen worden. Zuzüglich der jeweiligen Umsatzsteuer ergebe sich danach ein der Klägerin zustehender Ausgleichsbetrag in Höhe von 300.727,11 € [B. : 181.732,32 €; D. : 119.039,79 €), der im Hinblick auf die Gegenforderungen aus den wirksam getroffenen Einstands- und Zuschussvereinbarungen und den bereits geleisteten Zahlungen der Beklagten auf 134.878,35 € zu ermäßigen sei.

B.

10 Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts wendet, der Ausgleichsanspruch der Klägerin sei in Höhe von 53.542,67 € und in Höhe von weiteren 17.400 € durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen aus den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen über die Erbringung einer Einstandszahlung (D. ) und die Rückzahlung eines Zuschusses (B. ) erloschen. Denn insoweit ist die Revision nicht zugelassen worden (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

11 1. Das Berufungsgericht hat die Revision nur auf die Frage beschränkt zugelassen, wie der Ausgleichanspruch nach § 89b HGB [aF] zu berechnen ist. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor seiner Entscheidung, wohl aber - was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausreicht (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 - XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 360 f.; Senatsurteile vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 Rn. 11, und vom 10. Februar 2010 - VIII ZR 53/09, WM 2010, 669 Rn. 23, jeweils mwN) - aus den Gründen des Urteils. Eine beschränkte Revisionszulassung liegt bereits dann vor, wenn die Rechtsfrage, zu deren Klärung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, nur für einen selbständig anfechtbaren Teil des Streitgegenstands erheblich ist, weil dann in der Angabe dieses Zulassungsgrundes regelmäßig die eindeutige Beschränkung der Zulassung der Revision auf diesen Anspruch zu sehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 - XII ZR 92/01, aaO, S. 361 f.; Senatsurteile vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, aaO, und vom 10. Februar 2010 - VIII ZR 53/09, aaO). So liegen die Dinge hier. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil es bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm zur Bewertung des Kartenumsatzes abweicht. Diese

Rechtsfrage stellt sich bei den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen nicht.

12 2. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung ist auch wirksam. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 9. März 2000 - III ZR 356/98, NJW 2000, 1794 unter II 1, insoweit nicht in BGHZ 144, 59 abgedruckt; BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07, NJW 2008, 2351 Rn. 21; Senatsurteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, aaO Rn. 11). Letzteres trifft hier zu. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Berechnung des Ausgleichsanspruchs stellt einen abgrenzbaren, rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs dar, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von den von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen beurteilt werden kann und auf den der Kläger seine Revision hätte beschränken können (vgl. Senatsurteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, aaO).

C.

13 Im Übrigen - hinsichtlich der Berechnung des Ausgleichsanspruchs - ist die Revision zulässig und begründet. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Bei der Ermittlung des der Klägerin nach § 89b Abs. 1 HGB aF zustehenden Ausgleichsanspruchs hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft unterschiedliche Maßstäbe an die Bestimmung der Stammkundeneigenschaft im Tankgeschäft und im Shopbereich angelegt. Während es für den Kraft- und Schmierstoffbereich im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats bereits denjenigen Kun-

den als Stammkunden angesehen hat, der wenigstens viermal jährlich die ehemalige Tankstelle der Klägerin aufsuchte, hat es beim Shopgeschäft rechtsfehlerhaft eine dreifach höhere Kauffrequenz verlangt. Im Übrigen hält das Berufungsurteil revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

14 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters nach § 89b Abs. 1 Satz 1 HGB im Kraftstoff- und Schmierstoffgeschäft sowie im Shopgeschäft jeweils die in diesen Bereichen zuletzt erzielte Jahresprovision maßgebend ist. Dem liegt die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29. März 1990 - I ZR 2/89, WM 1990, 1496 unter 3 c) gemäß § 287 ZPO zulässige Schätzung zugrunde, dass die der Beklagten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verbleibenden Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die die Klägerin geworben hat (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB), der Höhe nach identisch sind mit den Provisionsverlusten, die die Klägerin infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses erleidet (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF).

15 Dass die der Beklagten verbleibenden Vorteile höher zu bewerten wären, macht auch die Klägerin nicht geltend. Die vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 26. März 2009 (EuZW 2009, 304 - Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH) aufgestellten, bei der Auslegung des § 89b Abs. 1 HGB aF zu beachtenden Grundsätze bleiben damit für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung (vgl. hierzu Senatsurteile vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, juris Rn. 33, und vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, BB 2010, 1685 Rn. 13, jeweils mwN).

16 2. Das Berufungsurteil hat auch Bestand, soweit es die als Bemessungsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch herangezogene Jahresprovision in den

zwei Geschäftsbereichen (Tank- und Shopgeschäft) der beiden Tankstellen um einen Verwaltungsanteil von 10 % gekürzt hat. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen sind, die der Tankstellenhalter als Handelsvertreter für seine ("werbende") Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde ("verwaltende") Tätigkeiten (vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 14; vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, juris Rn. 17, und vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214 Rn. 49, jeweils mwN). Für die Bestimmung der bei der Bemessung eines Handelsvertreterausgleichs zu berücksichtigenden Provisionsanteile kommt es, sofern hinreichende vertragliche Absprachen nicht vorhanden sind, auf das tatsächliche Verhältnis zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit an.

17 a) Das Berufungsgericht ist - dem Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 25. August 2008 - 18 U 63/06, juris) folgend - davon ausgegangen, die Klägerin habe mit ihrer Behauptung, keine der ihr vergüteten Tätigkeiten habe ausschließlich verwaltenden Zwecken gedient, nicht der ihr obliegenden (primären) Darlegungslast genügt. Dies begegnet rechtlichen Bedenken. Zwar ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, dass grundsätzlich die einen Ausgleichsanspruch geltend machende Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für dessen Voraussetzungen und damit auch dafür trägt, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsanteile zugrunde liegen, die auf ihre werbende Tätigkeit entfallen (vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 15; vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 18; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499 unter II 2; jeweils mwN; BGH, Urteil vom 28. April 1988 - I ZR 66/87, NJW-RR 1988, 1061 unter II 2 b). Wenn aber - wie hier - vertraglich nicht wirksam geregelt ist (die in § 3 Abs. 6

des Tankstellenvertrags getroffene Regelung, wonach 40 % der Provisionen und Vergütungen des Tankstellenpächters auf verwaltende Tätigkeiten entfallen sollen, ist wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB nichtig - vgl. Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO mwN), in welchem Umfang mit den Provisionen bestimmte Tätigkeiten vergütet werden, obliegt es der Beklagten, im Einzelnen darzutun, welche Aufteilung der Provision nach dem Vertrag angemessen ist, falls sie von der Beurteilung ihres Vertragspartners abweichen will (vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO; vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO; vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66 unter B I 3, und VIII ZR 91/96, juris Rn. 30).

18 Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Klägerin - anders als das Berufungsgericht meint - ihrer Darlegungslast dadurch genügt, dass sie darauf verwiesen hat, alle von ihr erbrachten verwaltenden Tätigkeiten seien nach den vorliegend maßgeblichen tatsächlichen Verhältnissen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO) zumindest auch werbender Natur gewesen und daher nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht als vermittlungsfremde Tätigkeiten einzustufen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Tätigkeit eines Tankstellenhalters überwiegend werbender Natur ist (vgl. Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 16 mwN). Es kann nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, dass der hierin eingeschlossene Fremdverwaltungsanteil gering anzusetzen oder sogar insgesamt zu vernachlässigen ist. Dies mag zwar angesichts dessen, dass die Tankstellenhalter bislang überwiegend einen Fremdverwaltungsanteil von 10 % zugestanden haben, wenig wahrscheinlich sein, nimmt aber dem Vortrag der Klägerin nicht die Schlüssigkeit. Entgegen der - auf der vorangegangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm beruhenden - Auffassung des Berufungsgerichts ist es daher Aufgabe der Beklagten, den von ihr behaupteten Verwaltungsanteil

(10 %) darzulegen und nachzuweisen (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO, und vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 19).

19 b) Das Berufungsgericht hat jedoch den vorgenommenen Abschlag für Verwaltungstätigkeiten in Höhe von 10 % nicht ausschließlich auf diese - rechtlich angreifbaren - Erwägungen gestützt, sondern im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt, der Verwaltungsanteil an den Tätigkeiten der Klägerin sei jedenfalls auf 10 % zu schätzen. Dies hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens. Zwar weisen die von der Beklagten angeführten Tätigkeiten (vorwiegend Verwaltung der Bargeldbestände) noch einen untrennbaren Bezug zu der werbenden Tätigkeit des Tankstellenpächters auf. Denn die Verwaltung und Sicherung der Bargeldbestände gehört im weitesten Sinne noch zur Inkassotätigkeit (Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 17 mwN). Anders verhält es sich dagegen mit dem vom Oberlandesgericht Hamm angeführten und vom Berufungsgericht auf den vorliegenden Fall übertragenen Gesichtspunkt der Buchführungspflicht. Die der Klägerin nach § 8 des Tankstellenvertrags vom 25./26. Januar 2003 auferlegte Buchführungspflicht spielt entgegen der Auffassung der Revision für die Werbung des Kundenstammes keine entscheidende Rolle. Die Revision misst dem Umstand, dass der Beklagten ein Recht zur Einsichtnahme in die Buchhaltungsunterlagen eingeräumt wurde, Bedeutung für die Absatzförderung der Beklagten zu. Sie führt jedoch keinen Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen an, der diese Annahme belegt, und zeigt insbesondere keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür auf, dass die Übernahme der Buchhaltung im Streitfall ausnahmsweise nicht nur für die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche von Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter von Bedeutung ist (vgl. hierzu Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO mwN).

20 Aus revisionsrechtlicher Sicht ist auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den mit der Buchführungspflicht verbundenen Aufwand nicht als geringfügig bewertet hat. Die vom Tankstellenhalter zur Erfassung der Geschäftsvorfälle erstellten Buchhaltungsunterlagen nehmen regelmäßig einen erheblichen Umfang ein und können aufgrund der darin enthaltenen detaillierten Angaben sogar einen Buchauszug nach § 87c Abs. 2 HGB entbehrlich machen (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 2008 - VIII ZR 205/05, NJW-RR 2009, 821 Rn. 21 ff.). Angesichts des erheblichen Geschäftsaufkommens an den ehemaligen Tankstellen der Klägerin ist die ihr obliegende Buchhaltungstätigkeit weder vom zeitlichen Aufwand noch von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung her als gering einzustufen. Berücksichtigt man mit dem Berufungsgericht weiter, dass viele Tankstellenhalter einen Verwaltungsanteil von 10 % eingeräumt haben und im Streitfall keine hiervon abweichenden Besonderheiten vorgetragen oder ersichtlich sind, hält sich der Ansatz eines Verwaltungsanteils von 10 % auch dann noch im Rahmen tatrichterlichen Schätzungsermessens nach § 287 Abs. 2 ZPO, wenn man die Bargeldverwaltung und die sonstigen von der Beklagten angeführten Pflichten der Klägerin nicht zu den vermittlungsfremden Tätigkeiten zählt.

21 3. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Ermittlung des auf das Shopgeschäft entfallenden Stammkundenumsatzanteils an den ehemaligen Tankstellen der Klägerin.

22 a) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs von der letzten Jahresprovision nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 19; vom

11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 21, und vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, DB 2009, 2038 Rn. 16, jeweils mwN). Dabei hat es im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats im Kraft- und Schmierstoffgeschäft diejenigen Kunden als Stammkunden angesehen, die an der Tankstelle mindestens viermal im Jahr tanken, ohne dass es darauf ankommt, wie sich die Tankvorgänge auf die Quartale verteilen (Senatsurteile vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, aaO; vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 159/07, VersR 2009, 355 Rn. 34 f., 40). Beim Shopgeschäft will das Berufungsgericht dagegen im Hinblick auf die Produktunterschiede eine Stammkundeneigenschaft erst bei zwölf Einkäufen im Jahr bejahen. Dies greift die Revision mit Recht an.

23 b) Als Stammkunden sind alle Mehrfachkunden anzusehen, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 20; vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 159/07, aaO Rn. 35; vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475 Rn. 36; vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821 unter B I 3; jeweils mwN).

24 aa) Dies bedeutet aber nicht, dass schon jeder Zweitkauf einen Kunden zum Stammkunden werden lässt. Welcher Zeitraum bei der Prüfung, ob eine Geschäftsverbindung im oben genannten Sinne besteht, zugrunde zu legen ist, hängt nämlich von dem Gegenstand des Geschäfts und den branchenüblichen Besonderheiten ab. Das Wiederholungsintervall für Folgegeschäfte ist bei häufig wiederkehrenden Verbrauchsgeschäften kleiner zu bemessen als bei Geschäften über langlebige Wirtschaftsgüter (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 21; vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO

Rn. 37; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO unter II 1 a; jeweils mwN). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im ersten Prüfungsschritt rechtsfehlerfrei eine Zeitspanne von einem Jahr als maßgeblichen Zeitraum für die zu beurteilenden Nachkäufe von Mehrfachkunden im Shopgeschäft ausreichen lassen. Beim Einkauf der in einem Tankstellenshop angebotenen Waren handelt es sich - ebenso wie beim Tanken - um ein Alltagsgeschäft, so dass in beiden Fällen für die Bewertung der Stammkundeneigenschaft ein Zeitraum von einem Jahr angesetzt werden kann (Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO mwN).

25 bb) Von Rechtsfehlern beeinflusst sind dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur erforderlichen Häufigkeit der Folgegeschäfte in dem maßgeblichen Zeitraum. Eine Geschäftsbeziehung nach § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB setzt nach der Rechtsprechung des Senats nicht voraus, dass die Kunden mehr als nur gelegentliche Folgegeschäfte mit dem Unternehmer abschließen (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 22, und vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO Rn. 41, jeweils mwN). Um die Stammkundschaft von der übrigen "unzuverlässigen, nicht zu erfassenden Kundschaft", also der nur gelegentlichen Laufkundschaft abzugrenzen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 15. Oktober 1964 - VII ZR 150/62, BGHZ 42, 244, 247), ist letztlich allein die Nachhaltigkeit des Käuferverhaltens entscheidend (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO, und vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO Rn. 40 ff.).

26 (1) Eine gewisse Nachhaltigkeit des Einkaufsverhaltens setzt im Shopbereich, anders als das Berufungsgericht meint, nicht einen zwölfmaligen Einkauf pro Jahr voraus. Das Berufungsgericht will die für die Stammkundeneigenschaft ausschlaggebende Anzahl der im Prognosezeitraum zu tätigenden Nachkäufe ausschließlich in Abhängigkeit von der zu verkaufenden Produktgruppe

bestimmen. Eine solche Beschränkung ist aber weder dem vom Berufungsgericht zitierten Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 (VIII ZR 159/07, aaO) noch den vorausgegangenen Senatsentscheidungen vom 6. August 1997 zu entnehmen. In den Urteilen vom 6. August 1997 (VIII ZR 91/96, aaO Rn. 47; VIII ZR 150/96, aaO unter C I; VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71 unter B II) hat der Senat lediglich betont, dass der Anteil an Stammkunden im Shopgeschäft nicht identisch sein muss mit dem Anteil der Tankstammkunden. Dies erschließt sich schon daraus, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht jeder Tankkunde auch Shopwaren einkauft, umgekehrt aber auch nicht alle Shopkunden Kraftstoff von der Tankstelle beziehen. Der Senat hat in den genannten Entscheidungen keine Aussagen darüber getroffen, dass die Einkaufsfrequenz bei Shopwaren höher liegen müsse als bei dem Bezug von Kraft- und Schmierstoffen.

27 (2) Das Berufungsgericht lässt bei seiner produktbezogenen Sichtweise außer Acht, dass nach der Rechtsprechung des Senats für die Beurteilung der Nachhaltigkeit des Käuferverhaltens nicht nur der Gegenstand des Geschäfts, sondern auch die branchenüblichen Besonderheiten maßgebend sind (vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 24, und vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO Rn. 37, jeweils mwN). Indem es nur auf den Verkaufsgegenstand abgestellt hat, hat es nicht berücksichtigt, dass das Käuferverhalten bezüglich der an einer Tankstelle angebotenen Waren nicht allein von dem Warensortiment bestimmt wird, das in Supermärkten oder Fachmärkten häufig günstiger erhältlich ist. Wie die Revision zu Recht geltend macht, lassen sich Tankstellenshops nicht mit den "gewöhnlichen" Einkaufsmärkten vergleichen. Ihr Warensortiment richtet sich im Wesentlichen an Tankkunden, die hier ihren Reisebedarf decken oder bei ihren sonstigen Einkäufen unberücksichtigt gebliebene Artikel erwerben. Darüber hinaus decken sie den Bedarf

derjenigen Kunden, die den Tankstellenshop außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten sonstiger Märkte zum Einkauf der angebotenen Waren aufsuchen.

28 Da ein Tankstellenshop andere Käuferbedürfnisse als ein Supermarkt oder Fachmarkt bedient, kann allein aus dem Umstand, dass die dort angebotenen Waren in der Regel häufiger benötigt werden als Kraftstoff, keine höhere Nachkauffrequenz abgeleitet werden. Zusätzliche Gesichtspunkte, die abweichende Anforderungen an die Stammkundeneigenschaft bei Tankkunden und Shopkunden rechtfertigten, sind nicht ersichtlich. Das Gegenteil ist der Fall. Auch wenn es sich beim Tank- und Shopbereich um zwei getrennte Geschäftszweige handelt, darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass aus Sicht der Kunden ein enger Zusammenhang zwischen beiden Bereichen besteht (gleiche Öffnungszeiten, gleiche Geschäftsräume, auf einen "Mitnahmeeffekt" abgestimmtes Warensortiment). Den (potentiellen) Kunden wird durch das Shopgeschäft ein zusätzliches Warenangebot unterbreitet, wobei sich Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter den Umstand zunutze machen, dass viele Kunden ohnehin wegen des Bedarfs an Kraftstoff die Tankstelle aufsuchen werden. Angesichts dieser engen faktischen Verknüpfung zwischen Tank- und Shopgeschäft und der unterschiedlichen von Einkaufsmärkten und Tankstellenshops bedienten Kundenbedürfnisse können auch im Shopbereich als Stammkunden im Allgemeinen diejenigen Käufer angesehen werden, die mindestens vier Mal im Jahr dort Einkäufe getätigt haben oder tätigen (Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 25). Wie im Tankgeschäft ist auch hier bei einem solchen Kundenverhalten die Annahme gerechtfertigt, dass eine Bindung an den Tankstellenshop besteht.

29 Soweit hiergegen im Schrifttum eingewandt wird, es seien schärfere Maßstäbe für diejenigen Shopkunden anzusetzen, die die Tankstelle ausschließlich zum Ankauf von Alltagsgegenständen nutzen (Steinhauer, BB 2010,

1689, 1690), überzeugt diese Unterscheidung nicht. Auch wenn solche Kunden die Tankstation von vornherein nicht zur Deckung ihres Kraftstoffbedarfs aufsuchen, ändert dies nichts daran, dass ihr Kaufverhalten letztlich durch das auf die Bedürfnisse von Tankkunden ausgerichtete Warensortiment und die auf solche Kunden zugeschnittenen Öffnungszeiten bestimmt wird. Shopkunden, die nur Genuss- und Lebensmittel sowie sonstige Waren des täglichen Bedarfs an der Tankstelle erwerben, wählen einen Tankstellenshop erfahrungsgemäß nicht deswegen aus, weil er eine günstigere oder gleichwertige Alternative zu einem gewöhnlichen Super- oder Fachmarkt darstellt, sondern machen sich in aller Regel den Umstand zu nutze, dass die Tankstellenshops auch außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten und auch an Sonn- und Feiertagen geöffnet haben und auf zügige Abwicklung der Kaufgeschäfte auslegt sind.

30 4. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht bei mehreren an einen Tankkunden ausgegebenen Karten den Karteninhaber und nicht die Kartennutzer als Stammkunden angesehen. Diese Beurteilung steht im Einklang mit den vom Senat im Urteil vom 11. November 2009 (VIII ZR 249/08, aaO Rn. 34 ff.) aufgestellten Grundsätzen. Gleiches gilt, soweit das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin bei der Bemessung des Stammkundenanteils berücksichtigt hat, dass manche Kunden bei ihren Einkäufen mehrere Karten verwenden (vgl. Senatsurteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 37 ff.).

31 5. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen den vom Berufungsgericht bei der Tankstelle B. wegen der Konkurrenztätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters der Klägerin vorgenommenen Billigkeitsabzug in Höhe von 10 %. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht das ihm hierbei eingeräumte Schätzungsermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt.

32 a) Bei dem Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters kann ein Billigkeitsabschlag gerechtfertigt sein, wenn dieser vor oder nach Vertragsende eine Konkurrenztätigkeit übernimmt (vgl. BGH, Urteile vom 7. Juli 1960 - II ZR 291/59, VersR 1960, 846 unter III, IV; vom 14. November 1966 - VII ZR 112/64, NJW 1967, 248 unter III 3; vom 21. Mai 1975 - I ZR 141/74, VersR 1975, 807 unter II 4; Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302 unter I 4 a). Dies gilt auch dann, wenn die Konkurrenztätigkeit nicht zugleich gegen ein Wettbewerbsverbot verstößt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 27. Februar 1981 - I ZR 39/79, DB 1981, 1772 unter II 2 c; OLG Rostock, NJW-RR 2009, 1631, 1632 mwN). Die Würdigung der im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigenden Umstände ist im Wesentlichen Sache des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter verfahrensfehlerfreie und ausreichende Feststellungen zu den für seine Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1966 - VII ZR 112/64, aaO; Senatsurteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO Rn. 54). Gemessen an diesen Maßstäben lassen die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen keine Rechtsfehler erkennen.

33 b) Das Berufungsgericht hat entgegen der Rüge der Revision alle für die Billigkeitsabwägung bedeutsamen Gesichtspunkte berücksichtigt. Dabei hat es zu Recht dem Umstand keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen, dass sich nur die Klägerin, nicht dagegen ihr geschäftsführender Gesellschafter einem vertraglichen Wettbewerbsverbot unterworfen hatte. Denn die Klägerin hatte in § 4 des Tankstellenvertrags vom 26. November/9. Dezember 2002 die Verpflichtung übernommen, dafür Sorge zu tragen, dass ihre Organe und gesetzlichen Vertreter während der Vertragslaufzeit jegliche Absatzförderung für Konkurrenzunternehmen unterlassen. Entgegen der Auffassung der Revision wäre der Klägerin die Weitergabe dieser Verpflichtung an ihren geschäftsführenden Gesellschafter ohne weiteres - etwa durch eine Regelung in dessen

Geschäftsführervertrag - möglich gewesen. Das Berufungsgericht hat weiter bei der Bemessung des Abschlags berücksichtigt, dass der geschäftsführende Gesellschafter der Klägerin den Betrieb einer A. -Tankstelle erst nach Vertragskündigung und damit nur für einen begrenzten Zeitraum ausgeübt hat und diese Konkurrenztätigkeit keine signifikanten Auswirkungen auf die Umsatzzahlen der Tankstelle der Beklagten hatte. Dies führt aber, anders als die Revision meint, nicht dazu, dass kein Billigkeitsabzug vorzunehmen ist. Denn immerhin wurde durch die Konkurrenztätigkeit ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot unterlaufen. Dass das Berufungsgericht den von der Klägerin geschilderten Verzögerungen beim Ausscheiden ihres geschäftsführenden Gesellschafters aus dem klägerischen Unternehmen kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen hat, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Der vom Berufungsgericht vorgenommene, moderat bemessene Abzug in Höhe von 10 % hält sich selbst bei Berücksichtigung aller für die Klägerin sprechenden Umstände im Rahmen des zulässigen tatrichterlichen Schätzungsermessens.

III.

34 Das Berufungsurteil kann, soweit es mit der Revision zulässigerweise angegriffen worden ist, nach alledem keinen Bestand haben und ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es, wie ausgeführt, gegebenenfalls auf der Grundlage ergänzenden Sachvortrags der Parteien weiterer tatsächlicher Feststellungen zum Stammkundenumsatzanteil im Shopgeschäft bedarf. Sie ist des-

halb im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Milger Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 17.07.2008 - 413 O 5/08 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 18.05.2009 - 9 U 162/08 -