

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 89 b

- a) Zum Begriff des Stammkunden (hier: im Tankstellengeschäft).
- b) Der für den Prognosezeitraum zu erwartende Stammkundenumsatz ist vorbehaltlich sonstiger verlässlicher Anhaltspunkte nach den Verhältnissen während der Vertragszeit zu schätzen. Hierbei kann auch statistisches Material verwertet werden.
- c) Ein Tankkunde ist vom Tankstellenhalter geworben, wenn dessen Tätigkeit für das Zustandekommen der Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Mineralölunternehmen mitursächlich geworden ist. Dafür genügt das Offenhalten und Betreiben der Tankstelle.
- d) Zur Abgrenzung zwischen "werbender" und "verwaltender" Tätigkeit des Handelsvertreters und zur Ermittlung der hierauf jeweils entfallenden Provisionsanteile.
- e) Im Tankstellengeschäft zählen Lagerhaltung und Auslieferung von Kraft- und Schmierstoffen zur "werbenden" Tätigkeit des Tankstellenhalters (Abweichung von BGH, Urteile vom 15. November 1984 - I ZR 79/82 = NJW 1985, 860 unter II 4 und vom 28. April 1988 - I ZR 66/87 = WM 1988, 1204 unter II 2).

BGH, Urteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 150/96

Verkündet am:
6. August 1997
M a y e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Bernhard D. [REDACTED] M. [REDACTED] Allee [REDACTED] B. [REDACTED]

Kläger, Revisionskläger,
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. Dr. [REDACTED]

g e g e n

De [REDACTED] BP H. [REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzen-
den Dr. Dr. Peter Be [REDACTED] und den stellvertretenden Vorsit-
zenden Dr. Rüdiger St [REDACTED], Ü [REDACTED] ring [REDACTED], H. [REDACTED]

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED]

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. August 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers und die Revision der Beklagten werden das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 29. März 1996 und das Urteil der Kammer für Handelssachen 99 des Landgerichts Berlin vom 13. Juli 1994 abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 252.212,32 DM nebst 5 % Zinsen für die Zeit vom 1. April 1993 bis zum 23. März 1994 sowie 6 % Zinsen ab dem 24. März 1994 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 27/100 und die Beklagte zu 73/100.

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 seit dem 1. Oktober 1989 eine an der Ne[REDACTED] Straße in B[REDACTED]-Ne[REDACTED] (Ortsteil Ru[REDACTED]) gelegene Tankstelle der Beklagten, zu der auch ein von der Beklagten eingerichteter Verkaufsstand ("BP Express Shopping") gehört. Der Übernahme des Tankstellenbetriebs lag ein Miet- und Agenturvertrag der Parteien zugrunde, nach dem der Kläger als Handelsvertreter zum Verkauf von Kraft- und Autoschmierstoffen sowie sonstiger Produkte der Beklagten in deren Namen und für deren Rechnung verpflichtet war. Den Verkaufsstand bewirtschaftete der Kläger aufgrund eines Lizenz- und Beratungsvertrages mit der Beklagten als selbständiger Kaufmann im eigenen Namen und für eigene Rechnung.

§ 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages sieht für die Auseinandersetzung bei Vertragsbeendigung folgende Regelung vor:

"Der Partner (Kläger) erhält bei Vertragsende 1 % des Jahresrohertrages multipliziert mit der Anzahl der Vertragsjahre, ermittelt auf der Basis des Durchschnittes der 3 vorausgehenden vollen Kalenderjahre."

Mit Schreiben vom 3. September 1992 kündigte die Beklagte den Miet- und Agenturvertrag zum 31. März 1993. Da-

mit endete zugleich die Laufzeit des Lizenz- und Beratungsvertrages (§ 13 Nr. 5 des Vertrages).

Wegen der Beendigung des Agenturverhältnisses macht der Kläger Ausgleich gemäß § 89 b HGB geltend. Er erhielt für den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen während der Vertragszeit eine durchschnittliche Bruttojahresprovision von 237.931,43 DM und im letzten Vertragsjahr eine Brutto-provision von 249.146 DM. Davon entfielen 8,75 % auf den Umsatz mit von ihm bereits übernommenen Altkunden, die in Anbetracht der nur dreieinhalbjährigen Dauer des Vertragsverhältnisses vom Kundenstamm des Vorgängers des Klägers noch verblieben waren. Der Kläger hat behauptet, er habe 90 % seines Gesamtumsatzes mit Stammkunden getätigt. Die Provision habe er zu 90 % für werbende und nur zu 10 % für verwaltende Tätigkeit erhalten. Für den Abwanderungsverlust seien jährlich 20 % zugrunde zu legen, so daß sich für die ersten fünf Nachvertragsjahre ein Anspruch auf 250 % (90 % + 70 % + 50 % + 30 % + 10 %) ergebe.

Außerdem verlangt der Kläger wegen der Beendigung seiner Tätigkeit im Shop-Verkauf analog § 89 b HGB eine von ihm so bezeichnete Quasi-Provision, die er - ausgehend von 20 % des Gewinns aus dem Shop-Verkauf im letzten Vertragsjahr, der nach seinem Vortrag 435.278 DM betrug - wie den Ausgleich im Agenturgeschäft berechnet. Der Jahresrohertrag des Klägers im Shop-Geschäft betrug 1990 einschließlich Autoartikel wie Reifen, Batterien und Ersatzteile 261.969 DM, 1991 incl. Autoartikel 471.407 DM und 1992 für Autoartikel 11.977 DM und im übrigen 478.809 DM. Den sich daraus nach

§ 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages bei Zugrundelegung von 3,5 Vertragsjahren zuzügl. MWSt. ergebenden Betrag von 16.424,17 DM macht der Kläger unter Anrechnung auf die Quasi-Provision bzw. hilfsweise geltend.

Insgesamt hat der Kläger unter Berücksichtigung der Kappungsgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB einen Betrag von 346.768,57 DM nebst 5 % Fälligkeitszinsen seit dem 1. April 1993 eingeklagt, zu dessen Zahlung er die Beklagte vorprozessual mit Schreiben vom 23. März 1994 aufgefordert hatte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers, mit der dieser an seinem erstinstanzlichen Klageantrag festgehalten und zusätzlich weitere 3 % Verzugszinsen seit dem 24. März 1994 gefordert hat, hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 241.494,69 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. April 1993 sowie einem weiteren Prozent Zinsen seit dem 24. März 1994 verurteilt und im übrigen die Berufung zurück- und die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt; der Kläger verfolgt seine Klageforderung in vollem Umfang weiter, die Beklagte begehrt die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Kläger könne Ausgleich nach § 89 b HGB in Höhe von 225.070,52 DM sowie Zahlung von weiteren 16.424,17 DM gemäß § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages beanspruchen.

Die Voraussetzungen des § 89 b HGB seien erfüllt, soweit der Kläger aufgrund des Miet- und Agenturvertrages als Handelsvertreter tätig gewesen sei. Dagegen seien die Erträge aus dem Shop-Verkauf (Quasi-Provisionen aus Eigengeschäften) für den Ausgleich nicht zu berücksichtigen. Es könne dahinstehen, ob durch den Lizenz- und Beratungsvertrag zwischen den Parteien ein Franchise-Verhältnis zustande gekommen sei und ob § 89 b HGB grundsätzlich im Franchise-Verhältnis analog anwendbar sei. Hier fehle es jedenfalls deshalb an einer für die analoge Anwendung von Bestimmungen des Handelsvertreterrechts erforderlichen Gleichheit der Interessenlage, weil der Kläger bei der Auswahl seines Warenangebotes im Shop nur wegen eines Kernsortiments von ca. 80 % an die Vorgaben der Beklagten gebunden gewesen sei und ihm daneben ein hinreichend großer eigener Spielraum zur unabhängigen Geschäftstätigkeit zur Verfügung gestanden habe. Ein im Shop-Bereich gewonnener Eigenkundenstamm müsse deshalb nicht zwangsläufig bei der Beklagten verbleiben bzw. für den Kläger verloren gehen. Erst recht sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen, bei Vertragsende seinen Kundenstamm auf die Beklagte zu übertragen.

Für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs sei deshalb nur von der letzten Jahresprovision für den Verkauf von Treib- und Schmierstoffen (249.146 DM) auszugehen. Davon seien 8,75 % für übernommene Altstammkunden abzuziehen. Von dem verbleibenden Umsatz könne nur der Teil berücksichtigt werden, der auf vom Kläger geworbene Stammkunden und nicht auf bloße Laufkunden entfalle; gemäß § 287 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1, 2 ZPO sei dieser Teil auf 62 % zu schätzen. Der Kläger habe, unter anderem gestützt auf eine eigene Kundenumfrage, einen Stammkundenumsatzanteil von 90 % hinreichend substantiiert vorgebracht, ohne daß es dafür der Vorlage einer Liste mit Kundennamen und -anschriften für das letzte Vertragsjahr bedurft habe. Als Schätzgrundlage sei eine Repräsentativbefragung von 2000 Tankstellenbenutzern durch die ARAL AG, nach der 62 % der Autofahrer nur eine einzige Tankstelle aufsuchen, geeignet und ausreichend. Aus dem Vorbringen der Parteien ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, daß die Laufkunden durchschnittlich größere Mengen an Treibstoff tankten als die Stammkunden. Deshalb sei davon auszugehen, daß auf einen Stammkundenanteil von 62 % auch ein Umsatzanteil von 62 % entfalle.

Ein anderes und vor allem zuverlässigeres Ergebnis könne aus den von den Parteien durchgeführten Einzelumfragen nicht gewonnen werden. Beide Umfragen seien als Grundlage für eine sichere Hochrechnung ungeeignet, weil von den Kunden, die vom Kläger an einem bestimmten Tag befragt worden seien, und von insgesamt 504 Befragungen durch die Be-

klagte nicht auf das Verhalten von ungefähr 3000 Kunden im Monat geschlossen werden könne. Gegen die Umfrage der Beklagten bestünden im übrigen auch methodische Bedenken, weil die 47,4 % der Befragten, die sich nicht als regelmäßige, sondern nur als gelegentliche Kunden des Klägers bezeichnet hätten, trotz der unklaren Unterscheidung zwischen "regelmäßig" und "gelegentlich" von weiteren Fragen zum Begriff des Stammkunden, insbesondere nach der Benutzung einer oder mehrerer anderer Stammtankstellen, von vornherein ausgeschlossen worden seien.

Der Verwendung der ARAL-Information stehe nicht entgegen, daß sie aus dem Jahr 1988 und damit aus der Zeit vor der Wiedervereinigung Deutschlands stamme. Die Tankstelle des Klägers liege zwar an einer Ausfallstraße in das Umland, es sei aber keine sichere Relation zwischen Lage und Umsatzentwicklung herzustellen. Im übrigen werde ein etwaiger Zuwachs an Laufkundschaft durch eine gleichzeitige Steigerung der absoluten Zahlen für die Stammkundschaft ausgeglichen, weil zum einen auch die bisherigen Stammkunden von der Möglichkeit Gebrauch machten, ins Umland zu fahren, und zum anderen aus den nahe der Ne[REDACTED] Straße gelegenen Ortsteilen des früheren Ostberlin neue Stammkunden hinzugekommen sein dürften.

Schließlich führe es auch nicht zur Unverwertbarkeit der ARAL-Information, daß sie von dem Meinungsforschungsinstitut, das die Umfrage für die ARAL-AG durchgeführt habe, in einem an diese gerichteten Schreiben vom 24. Juni 1992 als nicht ausreichend für statistisch sichere Aussagen über

den Kundenkreis einer einzelnen Tankstelle und für Analysen von Pkw-Besitzern einzelner Großstädte bezeichnet worden sei. Vielmehr müsse gerade, weil es an statistisch sicheren Aussagen über die Tankstelle des Klägers und das Tankverhalten speziell in Berlin fehle, auf die allgemeine ARAL-Information zurückgegriffen werden, die nach dem genannten Schreiben aufgrund der Basis der Befragten statistisch gut abgesicherte Befunde für das frühere Bundesgebiet gewährleiste.

Geworben habe der Kläger die Stammkunden im Sinne von § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB schon dann, wenn seine Tätigkeit den Umsatz der Produkte auch nur mitursächlich gefördert habe. Dafür genüge das Offenhalten der Tankstelle. Von dem auf geworbene Stammkunden des Klägers entfallenden Umsatzanteil sei jedoch weiter der Teil der Provision abzuziehen, der dem Kläger für verwaltende Tätigkeiten gezahlt worden und entsprechend seinem Vortrag mit 10 % zu bewerten sei. Für den von der Beklagten demgegenüber behaupteten Verwaltungsanteil von 75 % sei diese darlegungs- und beweispflichtig; ihre Behauptung sei aber ins Blaue hinein erfolgt und nicht hinreichend substantiiert. Der Vortrag der Beklagten erschöpfe sich in einer Aufstellung über einzelne Tätigkeiten, die sie dem werbenden bzw. dem verwaltenden Bereich zuordnen wolle. Es fehle jegliche Gewichtung der Tätigkeiten, die z. B. zeit- und/oder wertmäßig zueinander ins Verhältnis gesetzt werden müßten.

Der danach verbleibende Provisionsanteil des letzten Vertragsjahres sei zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs

für einen Prognosezeitraum von vier Jahren anzusetzen, wobei ein jährlicher Abwanderungsverlust von 20 % zu berücksichtigen sei, so daß sich ein Provisionsverlust von insgesamt 200 % (80 % + 60 % + 40 % + 20 %) ergebe. Dieser sei mit 6 %, dem im Prognosezeitraum zu erwartenden Zinsertrag, abzuzinsen. Anspruchsmindernde oder -erhöhende Umstände im Sinne von § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB seien nicht zu erkennen. Auch ein Ausschluss nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB komme nicht in Betracht.

Danach ergebe sich folgende Berechnung des Ausgleichs:

letzte Jahresprovision	DM 249.146,-- DM
./. 8,75 % Altkunden	DM 227.345,73 DM
davon 62 % Stammkundenumsatzanteil	DM 140.954,35 DM
./. 10 % Verwaltungsanteil	DM 126.858,92 DM
200 %	DM 253.717,84 DM
abgezinst mit 6 %	DM 225.070,52 DM.

Daneben stehe dem Kläger gemäß § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages 1 % des Jahresrohertrages im Shop-Geschäft, ermittelt auf der Basis des Durchschnitts der drei vorausgehenden vollen Kalenderjahre, multipliziert mit der Zahl der Vertragsjahre und damit ein Betrag von 1 % x (261.969 DM + 471.407 DM + 478.809 DM + 11.977 DM) : 3 x 3,5 + 15 % MWSt = 16.424,17 DM zu.

Auf die Gesamturteilssumme von 241.494,69 DM schulde die Beklagte gemäß § 353 HGB Fälligkeitszinsen in Höhe von 5 % seit der Beendigung des Vertragsverhältnisses. Verzugs-

zinsen seit Mahnung könne der Kläger lediglich in Höhe von insgesamt 6 %, dem auch bei der Abzinsung zugrunde gelegten zu erwartenden Zinsertrag, verlangen, weil die Beklagte den geltend gemachten Zinssatz von 8 % bestritten habe und der Kläger zu seiner konkreten Möglichkeit, entsprechende Anlagenzinsen zu erwirtschaften, nichts vorgetragen habe.

B. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Ausgleichsanspruch wegen Beendigung des Miet- und Agenturvertrages halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

I. Revision der Beklagten

Das Berufungsgericht hat zutreffend und auch von der Revision unbeanstandet angenommen, daß der Kläger wegen seiner aufgrund des Miet- und Agenturvertrages ausgeübten Tätigkeit als Handelsvertreter gemäß § 89 b Abs. 1 HGB dem Grunde nach ausgleichsberechtigt ist. Soweit sich die Beklagte mit ihrer Revision gegen die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs wendet, hat sie in einem Punkt Erfolg. Dies führt indessen im Endergebnis nicht zu einer Herabsetzung des Ausgleichsbetrages, weil dem Kläger wegen seiner durchgreifenden Revisionsrügen ein höherer als der vom Be-

rufungsgericht ermittelte Ausgleich zuzubilligen ist (vgl. unten unter B II).

1. Rechtsfehlerfrei ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters die letzte Jahresprovision im Treib- und Schmierstoffgeschäft zugrunde zu legen und davon nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 42, 244, 247; Urteil vom 29. November 1984 - I ZR 149/82 = BB 1985, 353 unter III) wegen der besonderen Fluktuation des Kundenkreises beim Tankstellenbetrieb nur der Teil zu berücksichtigen ist, den er für Umsätze mit Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne von § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht.

a) Nach der genannten Rechtsprechung ist die "Stammkundschaft" von der übrigen "unzuverlässigen, nicht zu erfassenden Kundschaft", der nur gelegentlich abschließenden "Laufkundschaft", abzugrenzen. Sie läßt allerdings offen, wann und wodurch aus einem gelegentlichen Laufkunden ein Stammkunde wird. Beim Autokauf (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95 = NJW 1997, 1503 unter C I 1) und beim Kauf von Gabelstaplern (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - I ZR 142/89 = WM 1991, 1513 unter III 4) begründet schon ein Zweitkauf die Stammkundeneigenschaft; der Kunde eines Reisebüros wird dagegen nach der Rechtsprechung erst durch eine größere Zahl von Folgegeschäften zum Stammkunden (BGH, Urteil vom 28. März 1974 - VII ZR 18/73 = NJW 1974, 1242 unter I 2 und 3).

Der Senat ist der Auffassung, daß als Stammkunden alle Mehrfachkunden anzusehen sind, das heißt diejenigen Kunden, die in einem überschaubaren Zeitraum, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 aaO unter C I 1 a für das Vertragshändlerverhältnis; Semmler, Die Rechtsstellung des Tankstellenhalters zwischen Handelsvertreter und Vertragshändler, 1995, S. 160 f; Jürgen A.E. Meyer, BB 1970, 780, 781; ders., Handelsvertreterrecht, 1978, S. 237 f.; Matthies, DB 1986, 2061). Sinn und Zweck des § 89 b HGB ist es, dem Handelsvertreter einen Ausgleich für den Verlust solcher Provisionen zu verschaffen, die er zukünftig verdient hätte, wenn das Handelsvertreterverhältnis nicht beendet worden wäre. Die Höhe dieser Provisionen ist durch eine Prognose zu ermitteln, in die alle Geschäfte einzubeziehen sind, die der Unternehmer während des Prognosezeitraums voraussichtlich mit Kunden abschließen wird, die der Handelsvertreter als solche geworben hat. Welche Anzahl von Folgegeschäften auf einen einzelnen Kunden entfällt, ist dafür unerheblich.

Auch der Wortlaut des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB, insbesondere das Tatbestandsmerkmal "erhebliche Vorteile", rechtfertigt es nicht, die Prognose auf solche Kunden zu beschränken, die mehr als nur gelegentliche Folgegeschäfte mit dem Unternehmer abschließen werden. Die Erheblichkeit des Unternehmervorteils richtet sich nach Umfang und erwarteter Beständigkeit des vermittelten Neugeschäfts, nicht

nach dessen Verhältnis zum Gesamtgeschäft des Unternehmers (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 aaO unter III 4; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 89 b Rdnr. 30; Hopt, HGB, 29. Aufl., § 89 b Rdnr. 15; MünchKommHGB/v.Hoyningen-Huene, § 89 b Rdnr. 80).

b) In welchem Umfang während des Prognosezeitraums Umsätze mit von dem Tankstellenhalter erworbenen Mehrfachkunden zu erwarten sind, richtet sich in Ermangelung sonstiger verlässlicher Anhaltspunkte nach den Erfahrungen während der Vertragszeit (ebenso für das Vertragshändlerverhältnis: Senatsurteil vom 26. Februar 1997 aaO unter C I 1 a aa). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, welcher Anteil am Umsatz bzw. an den Provisionseinnahmen in der Zeit vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses auf Mehrfachkunden entfiel, obliegt dem Kläger. Dieser hat vorgetragen, an seiner Tankstelle habe der Stammkundenumsatz- bzw. -provisionsanteil 90 % betragen, und sich dafür unter anderem auf die vom Berufungsgericht als Schätzgrundlage herangezogene ARAL-Information sowie vier Schreiben der ARAL-AG aus dem Jahre 1988 gestützt, nach denen diese für Berlin regelmäßig von einem Stammkundenumsatzanteil von 90 % ausgeht.

Damit hat der Kläger entgegen der Ansicht der Revision seiner Darlegungslast genügt. Soweit diese fordert, der Kläger hätte den Stammkundenumsatz an seiner Station durch Vorlage von Kundenlisten mit Namen und Anschriften darlegen müssen, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Beklagte geht selbst davon aus, daß der Kläger keine vollständige Kundenliste besitzt und er nicht alle seine Kunden benennen kann.

Mit einer unvollständigen Kundenliste wäre es dem Kläger aber nicht möglich, seinen Stammkundenumsatz darzulegen und unter Beweis zu stellen.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht seinerseits die ARAL-Information, nach der 62 % aller Autofahrer nur eine einzige Tankstelle aufsuchen, als Grundlage für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils gemäß § 287 Abs. 2 ZPO verwendet hat. Soweit das Berufungsgericht daraus einen Stammkundenumsatzanteil von 62 % herleitet, lassen seine Ausführungen Rechtsfehler zu Lasten der Beklagten (zur dagegen gerichteten Revision des Klägers siehe unten unter B II 2) nicht erkennen.

Im anonymen Massengeschäft einer großstädtischen Selbstbedienungstankstelle 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. Für andere Sparten des Handelsvertretervertriebs hat der Bundesgerichtshof bereits wiederholt die Verwendung statistischen Materials als Schätzgrundlage im Rahmen der Umsatzprognose nach § 89 b HGB gebilligt (BGHZ 34, 310, 319; 59, 125, 130 - Bausparkassenvertreter; Urteil vom 4. Juni 1975 - I ZR 130/73 = WM 1975, 931 unter II - Lottoannahme-

stelle; Senatsurteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 54/95 = WM 1996, 1817 unter III 2 - Versicherungsvertreter). Daß sich aus der ARAL-Umfrage keine statistisch sichere Aussage für einzelne Großstädte und den Kundenkreis einer einzelnen Tankstelle ableiten läßt, hindert ihre Verwertung als Schätzgrundlage entgegen der Ansicht der Revision nicht.

Gerade weil die ARAL-Studie nicht die spezielle Situation in Berlin wiedergibt, durfte das Berufungsgericht sie auch verwenden, obwohl sie aus dem Jahre 1988 stammt und deshalb nicht die Veränderungen berücksichtigen konnte, die sich für das Tankstellengeschäft in B[REITENBURG] aus dem Fall der Mauer und der Wiedervereinigung der beiden Teile Deutschlands ergeben haben können. Der Studie lagen Befragungen im gesamten früheren Bundesgebiet zugrunde, so daß in ihre Ergebnisse auch die Tankgewohnheiten von Kunden solcher Tankstellen eingeflossen sind, die wie diejenige des Klägers nach der Wiedervereinigung im Bereich von Ausfallstraßen in Großstädten mit einem möglicherweise erhöhten Ausflugs- und Touristenverkehr gelegen sind. Die Revision der Beklagten rügt deshalb vergeblich, das Berufungsgericht habe eine von der Beklagten vorgelegte Übersicht übergangen (§ 286 ZPO), aus der sich für die Zeit seit 1990 ein erheblicher Umsatzzuwachs bei ihren B[REITENBURG] Tankstellen insbesondere an Ausfallstraßen ergebe, und keine Grundlage für seine Feststellung gehabt, ein durch die Wiedervereinigung bedingter etwaiger Zuwachs an Laufkundschaft sei durch eine entsprechende Steigerung der Zahl der Stammkunden ausgeglichen worden. Die Behauptung der Beklagten, der Umsatz an der Tankstelle des Klägers sei zu 30% auf Ausflügler und Touri-

sten zurückzuführen, die die in ihrer Verlängerung zum Flughafen Sch[REDACTED] und in das B[REDACTED] Umland führende Neu[REDACTED] Straße benutzten, läßt offen, woraus die Beklagte die genannte Prozentzahl herleitet, und brauchte deshalb entgegen der Ansicht der Revision als ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt zu werden.

Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte in seine Schätzung die im Auftrag der Beklagten in der Zeit vom 30. April bis 6. Mai 1993 durchgeführte Befragung von insgesamt 504 Kunden an der vormaligen Tankstelle des Klägers einbeziehen müssen. Soweit diese Befragung differenziert zwischen Kunden, die regelmäßig, und solchen, die nur gelegentlich an der Tankstelle des Klägers tanken, und die letztgenannten von Fragen zu Stammtankstellen ausschließt, hat das Berufungsgericht sie zu Recht als für die Feststellung des Stammkundenanteils aus methodischen Gründen ungeeignet angesehen, weil sie nicht sämtliche Mehrfachkunden erfaßt und damit den Stammkundenbegriff (s. oben unter a) unzulässig einengt. Die Antworten auf die allen Kunden gestellte und deshalb - wie die Revision zu Recht geltend macht - methodisch nicht zu beanstandende Frage, wie viele ihrer jeweils letzten zehn Tankvorgänge die Kunden an der Tankstelle des Klägers vorgenommen haben (Teil D, Tabellarische Darstellung der Ergebnisse, Seite 5), ergeben sogar einen Mehrfachkundenanteil von mindestens 80 %.

2. Gemäß § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB sind für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs von den Stammkundenbeziehungen nur Geschäftsverbindungen mit solchen Kunden zu berücksichtigen, die von dem Handelsvertreter (neu) erworben worden sind.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß dafür eine bloße Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters genügt und daß diese bei einer Selbstbedienungstankstelle schon dann gegeben ist, wenn der Tankstellenhalter die Tankstelle offen und die Vorrichtungen zur Abgabe von Kraftstoffen betriebsbereit hält. Entgegen der Ansicht der Revision hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 29. November 1984 (aaO unter II 1 und 2) das Offenhalten einer Tankstelle nicht nur als mitursächliche und damit ausreichende Vermittlungstätigkeit im Sinne von § 84 HGB angesehen, sondern zugleich ausgesprochen, daß diese Mitursächlichkeit bei der Vermittlungstätigkeit auch für die Werbetätigkeit im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB ausreicht. Selbst wenn ein Kunde eine Tankstelle zunächst allein der Lage, der Marke oder des Preises wegen aufsucht, kann eine Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmer nur zustande kommen, wenn der Tankstellenhalter die Tankstelle offen und betriebsbereit hält.

b) Zu Recht rügt die Revision aber, daß dem Berufungsgericht bei der Ermittlung des Umsatzes mit nicht von dem Kläger erworbenen Altstammkunden ein Fehler unterlaufen ist. Nach dem Vortrag des Klägers, den das Berufungsgericht seiner Feststellung zugrunde gelegt hat, hat der Kläger

8,75 % seines Gesamtumsatzes im letzten Vertragsjahr mit von seinem Vorgänger übernommenen Altstammkunden gemacht. Da die ARAL-Studie nicht zwischen Altstammkunden und neu geworbenen Stammkunden unterscheidet, müssen diese 8,75 % in dem vom Berufungsgericht angenommenen Stammkundenumsatzanteil von 62 % enthalten sein. Das Berufungsgericht hätte also nicht den Anteil von 8,75 % vorab abziehen und 62 % des verbleibenden Umsatzes (= 56,58 % des Gesamtumsatzes) als Stammkundenumsatz ansehen dürfen, sondern hätte den Anteil von 62 % am Gesamtumsatz um 8,75 Prozentpunkte für Altstammkunden kürzen müssen, so daß sich ein auf vom Kläger geworbene neue Stammkunden entfallender Umsatzanteil von lediglich 53,25 % ergeben hätte (zum tatsächlich anzunehmenden höheren Umsatzanteil neuer Stammkunden vgl. unten unter B II 2).

3. Zutreffend und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht des weiteren davon ausgegangen, daß bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung für den Tankstellenhandelsvertreter: BGH, Urteile vom 15. November 1984 - I ZR 79/82 = NJW 1985, 860 unter II 4 und vom 28. April 1988 - I ZR 66/87 = WM 1988, 1024 unter II 2) nur solche Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen sind, die der Handelsvertreter für werbende (vermittelnde, abschließende) Maßnahmen und nicht für verwaltende Tätigkeiten erhalten hat. Den Anteil für verwaltende Tätigkeit hat es entgegen der Ansicht der Revision rechtsfehlerfrei mit 10 % festgestellt.

Nach § 3 Nr. 4 des Miet- und Agenturvertrages sollen mit den Provisionen für Kraft- und Schmierstoffverkäufe sowie sonstige Agenturwaren der Beklagten alle vom Kläger "übernommenen Leistungen, Aufwendungen, Verpflichtungen und Risiken aus diesem Vertrag einschließlich der verwaltenden (nicht werbenden) Tätigkeiten abgegolten" werden. Die Provisionen sind dem Kläger also nach dem Willen der Parteien nicht ausschließlich für werbende Tätigkeiten gezahlt worden. Dem Vertrag läßt sich jedoch nicht entnehmen, welche Tätigkeiten die Parteien als "verwaltende (nicht werbende)" Tätigkeiten angesehen und welche Provisionsanteile sie zur Abgeltung dieser Tätigkeiten vorgesehen haben. Es ist deshalb davon auszugehen, daß nach ihrer Vorstellung die Provisionsanteile dem tatsächlichen Verhältnis von werbenden zu verwaltenden Tätigkeiten entsprechen sollen.

Die Beklagte hat gegenüber dem Vortrag des Klägers, der Anteil an verwaltender Tätigkeit betrage lediglich 10 %, einen Verwaltungsanteil von 75 % behauptet. Dieses Vorbringen der Beklagten, die für den von ihr behaupteten höheren Anteil darlegungs- und beweispflichtig ist (BGH, Urteil vom 28. April 1988 aaO unter II 2 b; zum Vertrags-händlerverhältnis: Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95 = WM 1996, 1962 unter B I 2 a bb), hat das Berufungsgericht zu Recht als nicht hinreichend substantiiert angesehen.

a) Die Revision wendet sich dagegen mit einer Rüge aus § 286 ZPO und verweist auf eine von der Beklagten vorgelegte Übersicht, in der diese die vom Kläger nach dem Tank-

stellenvertrag vorzunehmenden Tätigkeiten aufgeführt und sie zu einem zahlenmäßig weit überwiegenden Teil, nämlich soweit sie die von ihr gebildeten vier Bereiche Lagerung, Buchhaltung/Inkasso, Objekt/Sicherheit und Mitarbeiter betreffen, als verwaltende Tätigkeiten eingestuft hat. Dabei erkennt sie, daß eine nicht unerhebliche Anzahl der von der Beklagten als verwaltend angesehen Tätigkeiten zum werbenden Tätigkeitsfeld eines Tankstellenhalters gehört.

aa) Die Abgrenzung der verwaltenden von der werbenden Tätigkeit kann der Senat selbst vornehmen, weil es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95 = WM 1996, 1558 unter B I 2 d). Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß die vermittelnde oder werbende Tätigkeit des Handelsvertreters dessen wesentliche Aufgabe ist. Verwaltende Tätigkeiten sind demgegenüber solche, die "für den Begriff des Handelsvertreters nicht wesentlich sind und für die Werbung des Kundenstamms keine entscheidende Rolle spielen" (BGH, Urteile vom 15. November 1984 aaO unter II 4 und vom 28. April 1988 aaO unter II 2). Da der Ausgleichsanspruch die Schaffung eines Kundenstamms durch den Handelsvertreter abgelten soll, ist es folgerichtig, seiner Berechnung all diejenigen Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen, die der Handelsvertreter für seine auf Schaffung des Kundenstamms gerichteten Bemühungen erhält.

bb) Dabei verbietet sich eine schematisierende Einordnung ohne Rücksicht auf die Besonderheiten der jeweils betroffenen Vertriebssparte. Nach der Rechtsprechung des frü-

her für Rechtsstreitigkeiten über die Vertragsverhältnisse der Handelsvertreter zuständigen I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 15. November 1984 aaO unter II 4 und vom 28. April 1988 aaO unter II 2) gehören Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso grundsätzlich zu den verwaltenden Aufgaben eines Handelsvertreters. Dieser Auffassung vermag sich der Senat für das Tankstellengeschäft - anders als z.B. für den Kraftfahrzeug-Vertragshändler - allenfalls im Hinblick auf das Inkasso anzuschließen. Ein Tankstellenhalter, der keine Lagerhaltung und keine Auslieferung betreibt, kann keinen Kundenstamm schaffen. Kein Kunde würde allein die Vermittlungstätigkeit des Tankstellenhalters in Anspruch nehmen; im Vordergrund steht vielmehr die sofortige Verfügbarkeit der gewünschten Kraftstoffmenge, die nur durch Lagerhaltung und Auslieferung an der Tankstelle gewährleistet werden kann.

Soweit die in der Übersicht der Beklagten aufgeführten Aufgaben eines Tankstellenhalters die Lagerung und die Abgabe von Kraftstoffen betreffen, sind sie deshalb entgegen der Ansicht der Beklagten als werbende Tätigkeiten in die Berechnung der für den Ausgleichsanspruch maßgeblichen Provisionsverluste einzubeziehen.

cc) Daneben enthält die Aufstellung der Beklagten eine Reihe von Tätigkeiten, denen, wie etwa den im Bereich Objekt/Sicherheit aufgeführten Aufgaben "Überwachung/Pflege Tanktechnik/Preissignalisation/Beleuchtung" und "Pflege der Tankstelle allgemein" sowie der im Bereich Mitarbeiter genannten "Einstellung/Führung/Überwachung", jedenfalls auch

werbende Funktion zukommt, wie dies allgemein für solche Tätigkeiten gilt, die sich vor den Augen der Kunden abspielen oder deren Ergebnisse sich dem Kunden in Gestalt des Zustands, der Ordnung und der Sauberkeit der Tankstelle darstellen. Da auch diese Tätigkeiten für die Schaffung eines Kundenstamms von Bedeutung sind, müssen sie in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs mit einfließen. Unberücksichtigt zu bleiben haben also nur solche Tätigkeiten, die ausschließlich verwaltenden Zwecken dienen.

b) Darüber hinaus hat das Berufungsgericht zu Recht eine bloße Aufzählung der verwaltenden Tätigkeiten nicht als hinreichend angesehen und in dem Vorbringen der Beklagten eine plausible Gewichtung der verwaltenden Tätigkeiten im Verhältnis zum Umfang oder zur Bedeutung der werbenden Aufgaben des Tankstellenhalters vermißt. In ihrem von der Revision angeführten Sachvortrag hat die Beklagte die pauschale Behauptung, der Verwaltungsanteil sei mit 75 % zu quantifizieren, lediglich auf zwei Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg gestützt, denen jeweils Gutachten desselben Sachverständigen zugrunde liegen. Diese sind aber bereits vom Ansatz her zur Ermittlung des auf verwaltende Tätigkeiten entfallenden Provisionsanteils ungeeignet.

Der Sachverständige hat das Tankstellengeschäft allgemein in vier von ihm als gleichwertig angesehene Funktionsbereiche Absatzweg, Preispolitik, Produktgestaltung und Sortimentspolitik sowie Werbungs- und Verkaufsförderung eingeteilt und festgestellt, daß der Tankstellenhalter in

den drei erstgenannten Bereiche keine Einflußmöglichkeiten habe, sondern ihm lediglich im Bereich Werbung und Verkaufsförderung Raum für eine werbende Tätigkeit verbleibe, die deshalb von vornherein mit nicht mehr als 25 % bewertet werden könne. Dabei übersieht er, daß es für den Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB nicht um eine Bewertung des Tankstellengeschäfts allgemein, sondern um eine Bewertung speziell des Tätigkeitfeldes des Tankstellenhalters geht, zu dem die absatzwirtschaftlichen Funktionsbereiche Absatzweg, Preispolitik sowie Produktgestaltung und Sortimentspolitik gerade nicht gehören, weil sie im wesentlichen Sache der Mineralölgesellschaften sind.

4. Ohne Erfolg beanstandet die Revision weiter, daß das Berufungsgericht in dem von der Beklagten erstinstanzlich vorgetragenen Verhalten des Klägers, insbesondere der Vernachlässigung der Sauberkeit und äußeren Ordnung auf der Tankstelle und dem nach der Kündigung erfolgten nächtlichen Verkauf von Alkohol an minderjährige Discothekenbesucher, weder einen Ausschlußgrund nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB noch einen Grund zur Minderung des Ausgleichsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) gesehen hat. In beiderlei Hinsicht ist die revisionsrechtlich nur beschränkt nachprüfbare (BGHZ 73, 99, 103; BGH, Urteile vom 26. Januar 1984 - I ZR 188/81 = WM 1984, 556 unter II 1 b bb; vom 6. November 1986 - I ZR 51/85 = WM 1987, 292 unter II 1) Entscheidung des Tatrichters aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Revision des Klägers

Soweit der Kläger sich ebenfalls gegen die Berechnung der Höhe des Anspruchs aus § 89 b HGB durch das Berufungsgericht wendet, hat seine Revision teilweise Erfolg.

1. Der Kläger rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht aufgrund der ARAL-Information nur einen Stammkundenanteil von 62 % angenommen hat. Nach dem oben (unter B I 1 a) Ausgeführten sind als Stammkunden alle Mehrfachkunden anzusehen. Dazu gehört auch derjenige Kundenanteil von 22 %, der nach der ARAL-Information zwei oder drei Stammtankstellen hat. Dem steht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht entgegen, daß diese Kunden ihren Bedarf möglicherweise nicht gleichmäßig an den verschiedenen Stammtankstellen decken. Schon nach allgemeinem Sprachgebrauch ist Stammkunde nicht nur ein solcher Kunde, der Waren einer bestimmten Art ausschließlich aus einer einzigen Quelle bezieht. Wer mehreren Bezugsquellen die Treue hält, wird dadurch nicht zum Laufkunden, unabhängig davon, ob er eine oder mehrere dieser Quellen häufiger in Anspruch nimmt als andere.

2. Erfolgreich ist weiter die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise den Stammkundenanteil mit dem Stammkundenumsatzanteil gleichgesetzt. Die ARAL-Information betrifft ausdrücklich nur den Anteil der Autofahrer mit Stammtankstellen, also den Stammkundenanteil und nicht den Stammkundenumsatzanteil. Das Berufungsgericht hat seinen Schluß von dem Kunden- auf den Umsatzanteil mit

der Erwägung begründet, es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Laufkunden durchschnittlich größere Mengen an Treibstoff tankten als die Stammkunden. Dabei hat es übersehen, daß - gleiche Tankmengen pro Tankvorgang unterstellt - der auf einen einzelnen Stammkunden entfallende Jahresumsatz größer sein muß als der auf einen einzelnen Laufkunden, weil der Stammkunde sich dadurch auszeichnet, daß er pro Zeiteinheit häufiger tankt als der Laufkunde. Der Umsatzanteil der Stammkunden erreicht die von dem Kläger zugrunde gelegten 90 %, wie der Senat selbst feststellen kann.

Unstreitig hat der Kläger im letzten Vertragsjahr insgesamt 7.755.367 l Kraftstoff umgesetzt. Da nach seinem unwidersprochen gebliebenen Vortrag jeder Autofahrer im statistischen Durchschnitt 36 mal im Jahr 30 l tankt, entspricht diese Umsatzmenge 258.512 Tankvorgängen. Geht man davon aus, daß die 62 % der Kunden, die nach der ARAL-Studie nur eine Stammtankstelle haben, alle 36 Tankvorgänge im Jahr an der Tankstelle des Klägers durchführen, und daß die 22 % der Kunden, die zwei oder drei Stammtankstellen haben, wenigstens jedes dritte, also insgesamt 12 mal im Jahr beim Kläger tanken, so ergibt sich daraus selbst dann noch ein Stammkundenumsatzanteil von mehr als 93 %, wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, daß von den verbleibenden 16 % Tankkunden jeder 11 Tankfüllungen jährlich und damit deutlich mehr als ein Laufkunde an der Tankstelle des Klägers vornimmt.

Aus einem Stammkundenanteil von 84 % folgt also jedenfalls der vom Kläger geltend gemachte Stammkundenumsatzanteil von 90 %. Auf das von der Revision als übergangen gerügte Schreiben vom 17. Januar 1988 (richtig: 23. Februar 1988), nach dem auch die ARAL-AG für Berlin einen Stammkundenumsatzanteil von 90 % zugrunde legt, kommt es deshalb nicht mehr an.

3. Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den Abwanderungsverlust mit jährlich 20 % des Ausgangsbetrages angenommen und daraus einen Gesamtprovisionsverlust von $80 \% + 60 \% + 40 \% + 20 \% = 200 \%$ errechnet hat, statt eine "lineare" Abwanderung zugrunde zu legen, nach der sich für einen fünfjährigen Prognosezeitraum jährliche Provisionsverluste von $90 \% + 70 \% + 50 \% + 30 \% + 10 \% = 250 \%$ ergeben sollen. Bei der vom Berufungsgericht angewandten Methode handelt es sich um eine gebräuchliche schematisierte Berechnungsweise, die keinen Anspruch darauf erhebt, die tatsächliche Abwanderungsbewegung auch in zeitlicher Hinsicht mathematisch richtig zu erfassen. Für die Prognostizierung der Provisionsverluste des Tankstellenhalters genügt die Feststellung, daß jährlich der Umsatz mit Stammkunden wegen der Abwanderung eines Teils derselben voraussichtlich um 20 % geringer ausfallen wird als im Basisjahr.

4. Zu Unrecht beanstandet die Revision weiter, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Ausgleichsbetrages die vom Kläger angesetzte Mehrwertsteuer nicht berücksichtigt hat. Nach dem Vortrag des Klägers ist davon auszuge-

hen, daß bereits der Ausgangsbetrag, die letzte Jahresprovision von 249.146 DM, die Mehrwertsteuer enthält. Es handelt sich dabei ausweislich der vom Kläger vorgelegten Eurodata-Geschäftsanalysen um den Gesamtbetrag der ihm von der Beklagten für das letzte Vertragsjahr gezahlten Provisionen. Dieser umfaßte gemäß § 3 Nr. 1 des Miet- und Agenturvertrages in Verbindung mit Anlage 1 zum Vertrag und gemäß § 3 Nr. 2 Satz 2 des Miet- und Agenturvertrages auch die Mehrwertsteuer. Die Erhöhung des auf der Grundlage der Bruttoprovisionen ermittelten Ausgleichsanspruchs um einen weiteren Betrag in Höhe der Mehrwertsteuer hätte deshalb einer besonderen Vereinbarung der Parteien bedurft (BGHZ 61, 112, 115), zu der der Kläger nichts vorgetragen hat.

5. Auch die Angriffe der Revision gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Abzinsung des Ausgleichsbetrages bleiben erfolglos. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 28. April 1988 aaO unter II 3 und vom 8. November 1990 - I ZR 269/88 = WM 1991, 602 unter II 5) ist der Ausgleichsbetrag auch dann abzuzinsen, wenn er erst lange nach Fälligkeit oder gar erst nach Ablauf des Prognosezeitraums tatsächlich gezahlt wird. Der Nachteil, den der Handelsvertreter durch die verspätete Zahlung erleidet, wird durch Fälligkeits-, Prozeß- und Verzugszinsen ausgeglichen (BGH aaO).

Soweit sich die Revision gegen die Berechnungsmethode des Berufungsgerichts wendet und geltend macht, es müsse eine Progression der Abwanderungsquote zugrunde gelegt werden, was einen niedrigeren Abschlag ergebe, als bisher an-

genommen worden sei, übersieht sie, daß es für die Berechnung der Abzinsung keine allgemein gültige Formel gibt. Jede Berechnung eines Abzinsungsbetrages führt nur zu einem Annäherungswert, dessen Maßgeblichkeit der Tatrichter wie bei einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu beurteilen hat (BGH, Urteil vom 6. Juni 1984 - VIII ZR 65/83 = WM 1984, 1217 unter III 2 b; Urteil vom 10. Oktober 1990 - VIII ZR 296/89 = WM 1990, 2043 unter II 2). Daß das Berufungsgericht bei der Auswahl der von ihm verwendeten Abzinsungsmethode das ihm bei einer Schätzung nach § 287 ZPO eingeräumte Ermessen überschritten hätte, zeigt die Revision nicht auf. Ihre Ausführungen lassen weder erkennen, daß die vom Berufungsgericht gewählte Methode für die hier vorzunehmende Berechnung generell ungeeignet wäre, noch, daß der von der Revision angestrebten, aber nicht im einzelnen dargelegten Berechnungsart eine größere Genauigkeit zukäme.

C. Hinsichtlich des weiteren Anspruchs, den der Kläger wegen der Verluste sogenannter Quasi-Provisionen aus dem Shop-Geschäft, hilfsweise aus § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages geltend macht, hat allein die Revision der Beklagten zum Teil Erfolg.

I. Revision des Klägers

Zu Recht hat das Berufungsgericht insoweit einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB verneint. Dabei kann offenbleiben, ob eine analoge Anwendung von § 89 b HGB auf das

diesem Eigengeschäft des Klägers zugrunde liegende Vertragsverhältnis der Parteien in Betracht kommt, wie die Revision meint. Denn jedenfalls hat der Kläger einen Ausgleichsanspruch der Höhe nach nicht schlüssig dargetan. Angaben über den Anteil der Stammkunden im Shop, der nicht mit dem Anteil der Tankstammkunden identisch sein muß, fehlen ebenso wie Angaben darüber, inwieweit der Gewinn aus dem Shop handelsvertretertypische und inwiefern er händlertypische Vergütungsbestandteile enthält, die in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht einfließen dürfen, damit der Gewinn mit den Provisionen eines Handelsvertreters vergleichbar ist (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95 aaO unter B I 2 a aa).

II. Revision der Beklagten

Soweit sich die Beklagte gegen die Höhe des dem Kläger vom Berufungsgericht zuerkannten Anspruchs aus § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages wendet, hat sie nur in einem Punkt Erfolg.

1. Vergeblich rügt die Revision, der Vortrag des Klägers zu dem nach § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages maßgeblichen Jahresrohertrag aus dem Shop-Geschäft sei widersprüchlich und unschlüssig, weil er für 1992 auch die Positionen Reifen, Batterien und Ersatzteile berücksichtige, die in den von ihm vorgelegten Eurodata-Geschäftsanalysen als "Autoartikel" ausdrücklich aus den

Shop-Artikeln ausgeklammert seien. Dabei übersieht sie nämlich, daß nach den von ihr nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ihre Berechnung der für die Jahre 1990 und 1991 anzusetzenden Jahresroherträge mit derjenigen des Klägers übereinstimmt und darin ausweislich der Eurodata-Geschäftsanalysen die genannten Autoartikel ebenfalls enthalten sind.

2. Die weitere Rüge der Revision, die Annahme einer Vertragsdauer von 3,5 Jahren seit dem 1. Oktober 1989 sei unvereinbar mit dem Vorbringen der Beklagten, der Lizenz- und Beratungsvertrag sei erst am 18. Januar 1990 zustande gekommen und der Shop nicht vor Mai 1990 in Betrieb genommen worden, greift ebenfalls nicht durch. Die Revision läßt den Umstand unberücksichtigt, daß auch der Miet- und Agenturvertrag seitens der Beklagten erst am 18. Januar 1990 unterzeichnet worden ist, der Kläger aber dennoch unstreitig bereits seit dem 1. Oktober 1989 Tankstellenhalter war und die Beklagte ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils die Tankstelle bereits vor der Übernahme durch den Kläger umgebaut und mit einem Verkaufsstand ("BP Express Shopping") versehen hatte.

Soweit die Revision darüber hinaus geltend macht, als Vertragsjahr sei nach § 13 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 des Lizenz- und Beratungsvertrages nur ein Zeitraum von 12 vollen Monaten anzusehen, verkennt sie, daß diese Regelung speziell für die Bestimmung der nach der Zahl der bereits abgelaufenen Vertragsjahre differenzierten Kündigungsfristen getroffen worden ist und deshalb nicht zwangsläufig auch für die

Berechnung der Auseinandersetzungsvergütung nach § 15 des Lizenz- und Beratungsvertrages gelten muß.

3. Zu Recht rügt die Revision indes, daß das Berufungsgericht dem Kläger 15 % MWSt. auf die Auseinandersetzungsvergütung zugesprochen hat. § 15 des Lizenz- und Beratungsvertrages sieht die Zahlung von Mehrwertsteuer nicht vor. Andere Grundlagen für einen Anspruch auf Mehrwertsteuer hat der Kläger nicht vorgetragen.

D. Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Revision der Beklagten gegen die Zuerkennung von Verzugszinsen in Höhe von 6 % seit dem 24. März 1993. Den Verzugsbeginn hat das Berufungsgericht zutreffend auf den 24. März 1993 datiert, auch wenn der Kläger der Beklagten in seinem Mahnschreiben vom 23. März 1993 eine Frist von 10 Tagen gesetzt hatte. Gemäß § 284 Abs. 1 BGB kommt der Schuldner schon durch die Mahnung in Verzug, ohne daß eine mit der Mahnung verbundene Fristsetzung daran grundsätzlich etwas ändert. Anders verhält es sich nur im Falle einer befristeten Mahnung, die den Willen des Gläubigers erkennen läßt, die geschuldete Leistung erst für den Zeitpunkt des Fristablaufs zu fordern (vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Bearbeitung, § 284 Rdnr. 46). Die Revision zeigt keine tatsächlichen Anhaltspunkte auf, die dem Berufungsgericht hätten Veranlassung geben müssen, das anwaltliche Mahnschreiben des Klägers in diesem Sinne zu deuten.

E. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben. Gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden, weil diese auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist.

Dem Kläger steht nach dem oben (unter B II) Ausgeführten ein Ausgleichsanspruch gemäß folgender Berechnung zu:

letzte Jahresprovision	
(einschließlich Mehrwertsteuer)	249.146,-- DM
davon 90 % Stammkundenumsatz insgesamt	
- 8,75 % Altstammkundenumsatz	
= 81,25 % Umsatz mit neuen Stammkunden	202.431,12 DM
davon 90 % für werbende Tätigkeit	182.188,-- DM
x 200 %	364.376,-- DM
abgezinst nach der Abzinsungsmethode	
des Berufungsgerichts mit 6 %	323.234,15 DM.

Dieser Betrag liegt über der durchschnittlichen Jahresprovision von 237.931,43 DM, die gemäß § 89 b Abs. 2 HGB die Höchstgrenze des Ausgleichs bildet.

Hinzu kommt gemäß § 15 Nr. 1 des Lizenz- und Beratungsvertrages ein Betrag von 1 % x (261.969 DM + 471.407 DM + 478.809 DM + 11.977 DM) : 3 x 3,5 = 14.281,89 DM. Daraus ergibt sich insgesamt die ausgeteilte Summe von 252.212,32 DM.

Dr. Deppert

Ball

Dr. Zülch

Wiechers

Dr. Hübsch