# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 168/09

Verkündet am:
19. Januar 2011
Ring
Justizhauptsekretärin
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:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 18. Mai 2009 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 aufgrund eines mit der Beklagten am 25./26. Januar 2003 geschlossenen Tankstellenvertrags ("System Plus") - im Zeitraum vom 1. April 1998 bis zum 31. Juli 2007 eine Tankstelle der Beklagten in G. . 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 zum 31. Juli 2007 und erhielt an diesem Tag die Tankstation von der Klägerin zurück. Im

letzten Vertragsjahr erzielte die Klägerin im Kraft- und Schmierstoffgeschäft eine Provision von 72.420,23 € netto und im Shopbereich eine Provision in Höhe von 78.230,68 € netto.

2 Die Klägerin hat nach erfolgloser Zahlungsaufforderung mit ihrer am 22. November 2007 zugestellten Klage einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 186.820,92 € brutto (= 156.992,37 € netto) nebst Zinsen geltend gemacht. Dabei hat sie Ausgleichsansprüche für den Kraft- und Schmierstoffbereich in Höhe von 93.845,82 € netto und für das Shopgeschäft in Höhe von 101.882,01 € netto errechnet. Im Hinblick auf die Kappungsgrenze des § 89b Abs. 2 HGB hat sie diese Beträge auf 72.946,30 € netto beziehungsweise auf 84.046,07 € netto reduziert. Die Beklagte hat den geltend gemachten Anspruch in Höhe von 119.000 € zuzüglich Zinsen anerkannt. Hierauf hat das Landgericht am 28. Februar 2008 ein entsprechendes Teilanerkenntnisurteil erlassen. Mit Schlussurteil vom 15. Mai 2008 hat das Landgericht der Klägerin über den anerkannten Betrag hinaus einen weiteren Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von 60.195,42 € nebst Zinsen zugesprochen und die weitergehende Klage abgewiesen. Hiergegen haben die Beklagte Berufung und die Klägerin Anschlussberufung eingelegt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin und des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Verurteilung der Beklagten auf 34.415,92 € nebst Zinsen ermäßigt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin eine Verurteilung der Beklagten in Höhe der geltend gemachten Klagforderung (186.820,92 € zuzüglich Zinsen).

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

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat Erfolg.

I.

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

5 Der Klägerin stehe nach § 89b HGB ein Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von insgesamt 153.415,92 € (nebst Zinsen) zu, wovon bereits 119.000 € (zuzüglich Zinsen) durch Teilanerkenntnisurteil tituliert seien. Damit verbleibe ein restlicher Anspruch in Höhe von 34.415,92 € (nebst Zinsen). Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien die im letzten Vertragsjahr im Tanksektor und im Shopgeschäft unstreitig erzielten Nettoprovisionen von 72.420,23 € und 78.230,68 € zugrunde zu legen. In beiden Geschäftsbereichen seien hiervon 10 % für verwaltende Tätigkeiten abzuziehen, denn bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs blieben solche Provisionsanteile unberücksichtigt, die ausschließlich verwaltenden Zwecken dienten.

6 Von der sonach verbleibenden, für werbende Tätigkeiten gezahlten Jahresprovision in Höhe von 65.178,21 € netto im Tankbereich und von 70.407,61 € netto im Shopgeschäft 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 auf 77,44 % 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 40,76 %.

7 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 ein Billigkeitsabzug (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB [aF]) von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke S. vorzunehmen. Bei einem Teil der Kundschaft werde durch diese Marke (berechtigt oder nicht) der Eindruck besonderer Qualität sowohl im Kraft- und Schmierstoffbereich als auch hinsichtlich nicht fertig verpackter Lebensmittel im Shopgeschäft vermittelt. Dass die Beklagte nach dem Vorbringen der Klägerin seit längerer Zeit nur noch Imagewerbung betreibe, ändere an der Sogwirkung der Marke nichts. Zu berücksichtigen seien auch werbende Maßnahmen der Beklagten in Form von Bonusprogrammen.

8 Die vom Landgericht nach der Multifaktorentabelle von Gillardon vorgenommene Abzinsung bei einem Zinssatz von 5 % sei von den Parteien nicht angegriffen worden. Zuzüglich 19 % Umsatzsteuer ergebe sich danach ein der Klägerin zustehender Ausgleichsbetrag in Höhe von insgesamt 153.415,92 € (97.806,06 € Tankgeschäft; 55.609,86 € Shopbereich).

II.

9 Diese Beurteilung 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 Kunden 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.

10 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).

11 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).

12 2. Das Berufungsurteil hat auch Bestand, soweit es die als Bemessungsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch herangezogene Jahresprovision in beiden Geschäftsbereichen (Tank- und Shopgeschäft) 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.

13 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).

14 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).

15 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 für die Werbung des Kundenstammes keine entscheidende Rolle, sondern ist nur für die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche von Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter von Bedeutung (Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO mwN). 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 der ehemaligen Tankstelle 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.

16 3. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Ermittlung des auf das Shopgeschäft entfallenden Stammkundenumsatzanteils an der ehemaligen Tankstelle der Klägerin.

17 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.

18 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).

19 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).

20 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.).

21 (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.

22 (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.

23 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.

24 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.

25 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.).

26 5. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen den vom Berufungsgericht vorgenommenen Billigkeitsabzug in Höhe von 10 %. Entgegen der

Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht das ihm hierbei eingeräumte Schätzungsermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt.

27 a) Beim Ausgleichsanspruch eines Tankstellenhalters kann ein Billigkeitsabschlag gerechtfertigt sein, wenn dessen Verkaufsbemühungen durch eine von der Lage der Tankstelle oder der Marke des Produkts ausgehende "Sogwirkung" in nicht unerheblichem Maße gefördert werden (vgl. Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 31; vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 44, und vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, aaO Rn. 28, jeweils mwN). Die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Tankstellenhalters einerseits und der "Sogwirkung" von Lage, Marke oder Preis andererseits gehört zum Kernbereich des tatrichterlichen Schätzungsermessens im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB aF beziehungsweise nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB nF (Senatsurteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO, und vom 11. November 2009 - VIII ZR 148/08, aaO, jeweils mwN). Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter ausreichende Feststellungen zu den für seine Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat. Gemessen an diesen Maßstäben lassen die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen keine Rechtsfehler erkennen. Das gefundene Ergebnis hält sich - wie der Senat bereits für gleich lautende Erwägungen des Berufungsgerichts in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden hat (Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 31 f.) - in den Grenzen des tatrichterlich Vertretbaren.

28 b) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Billigkeitsabschlag von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke S. gerechtfertigt. Hierbei hat es sich von der Erwägung leiten lassen, dass bei einem Teil der Kundschaft deren Kaufentschluss durch eine mit der Mineralölmarke S. verbundene besondere Qualitätserwartung positiv beeinflusst werde. Dem hält die Revision vergeblich

entgegen, das Berufungsgericht habe das ihm eingeräumte Ermessen nicht oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Dies trifft nicht zu, denn das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zutreffend und fallbezogen die Kundenerwartungen an die von der Klägerin ehemals vertriebene Marke S. zugrunde gelegt. Hierbei hat es rechtsfehlerfrei auch den Bekanntheitsgrad der Marke und die Werbewirksamkeit von Bonusprogrammen in seine Bewertung miteinbezogen. Solche Werbemaßnahmen sind - wie letztlich auch die Revision einräumt - weit verbreitet, stellen also bewährte Instrumente der Kundenbindung dar. Der Umstand, dass auch andere Mineralölmarken ähnliche Rabattprogramme anbieten, mag zwar die Werbewirksamkeit solcher Maßnahmen für den Wettbewerb unter den Mineralölunternehmen verringern. Dies ändert aber nichts an der durch die allgemeine Lebenserfahrung belegten Tatsache, dass eine medienwirksame, durch Aktionsprogramme unterstützte Werbung eines Mineralölunternehmens zur Kundengewinnung seiner Tankstellenhalter beiträgt (vgl. Senatsurteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, aaO Rn. 32). Dies gilt nicht nur für das Tankgeschäft, sondern auch für die - häufig in die Werbeaussagen mit einbezogenen - Shopwaren.

III.

29 Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. 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 Shopge-

schäft bedarf. Sie ist deshalb 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 15.05.2008 - 413 O 131/07 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 18.05.2009 - 9 U 118/08 -