



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 210/07

Verkündet am:
6. Oktober 2010
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89b

Für die Bestimmung des Ausgleichsanspruchs des Händlers ist bei Neuwagenverkäufen an Leasinggesellschaften regelmäßig der Leasingnehmer als Kunde des Händlers anzusehen, weil die wirtschaftliche Entscheidung zur Anschaffung des Fahrzeugs vom Leasingnehmer getroffen wird (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, juris).

BGH, Urteil vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 210/07 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Hermanns, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büniger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin war für die Beklagte mehr als 20 Jahre lang als Vertragshändlerin für den Vertrieb von V. -Neufahrzeugen sowie von Ersatz- und Zubehörteilen tätig. Das Vertragsverhältnis wurde von der Beklagten ordentlich mit Wirkung zum 28. Februar 1997 gekündigt. Ungefähr zweieinhalb Jahre später übernahm die Klägerin eine S. -Vertretung.
- 2 Mit der Klage hat die Klägerin einen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog in Höhe von 136.037,77 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 98.740,36 € nebst Zinsen stattgegeben und die weiter gehende Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht auf 52.111,35 € nebst Zinsen reduziert und die Berufung im Übrigen zurückge-

wiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die vollständige Abweisung der Klage begehrt.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

4 Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10. Juli 2007 - 5 U 62/06, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der Klägerin stehe analog § 89b Abs. 1 HGB ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte zu. Die Voraussetzungen der entsprechenden Anwendung dieser Bestimmung auf die Klägerin als Vertragshändlerin seien im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt worden, wie auch die ordentliche Beendigung des Händlervertrags zum 28. Februar 1997 und die rechtzeitige Anmeldung des Anspruchs außer Frage stünden. Soweit die Beklagte einwende, den Provisionsverlusten der Klägerin entsprächen keine Vorteile für die Beklagte, sei die dahingehende, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannte Vermutung nicht entkräftet. Die Tatsache, dass die Beklagte sich gegenüber den anderen Vertragshändlern zur Weitergabe der Vorteile an einen neuen Vertragshändler verpflichtet habe, führe nicht dazu, dass der Beklagten solche Vorteile nicht dem Grunde nach zufallen würden.

6 Nachdem zwischen den Parteien unstreitig geblieben sei, dass die Mehrfachkundenumsätze des letzten Vertragsjahres untypisch seien, komme es als Ausgangsgröße für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs auf die den Pro-



visionsverlusten der Klägerin entsprechenden Rabatte für einen Prognosezeitraum von fünf Jahren an. Hierfür seien die Erlöse aus Geschäften mit Mehrfachkunden maßgeblich, die in den letzten fünf Jahren vor Beendigung des Händlervertrags erzielt worden seien. Der vom Landgericht errechnete Rohgewinn aus Stammkundengeschäften der letzten fünf Vertragsjahre sei um 43.470,52 DM auf 153.307,59 DM herabzusetzen; die Angriffe der Berufung hätten insoweit im Hinblick auf zehn der (insgesamt 56) vom Landgericht berücksichtigten Stammkundengeschäfte Erfolg.

7 Das Berufungsgericht halte nicht mehr an seiner früheren Auffassung fest, dass Zusatzleistungen des Herstellers an den Vertragshändler einem berücksichtigungsfähigen Provisionsverlust des Handelsvertreters nur dann gleich stünden, wenn bei Vertragsbeendigung bereits ein Anspruch dem Grunde nach entstanden gewesen sei. Der Wortlaut des § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB [aF] trage eine solche Beschränkung nicht. Für die Erfassung von Zusatzvergütungen spreche wesentlich der Regelungszweck des § 89b Abs.1 HGB unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben. Danach könne es nicht darauf ankommen, ob der Hersteller Sonderzahlungen zur Absatzförderung zeitlich einseitig begrenze, solange der Vertragshändler erwarten könne, dass auch in Zukunft vergleichbare Verkaufsförderungen stattfänden.

8 Das Landgericht habe in seine Berechnungen konkrete Verkaufszuschüsse für Stammkunden von 72.839,59 DM eingestellt. Die zu Verkaufszuschüssen führenden Stammkundengeschäfte, die entgegen der landgerichtlichen Bewertung nicht anzuerkennen seien, seien hier abzusetzen, so dass man zu berücksichtigungsfähigen konkreten Stammkundenzuschüssen von 61.033,52 DM komme.

- 9 Weitere Kürzungen an den konkret zuzurechnenden Verkaufszuschüssen seien nicht vorzunehmen. Die Leasingzuschüsse seien Zahlungen der Leasingunternehmen an die Klägerin, die einer Provisionszahlung der Beklagten gleichgestellt werden könnten, weil es Leistungen mit Rücksicht auf ein Stammkundengeschäft seien. Die Leasingzuschüsse durch die Leasinggesellschaften stellten sich als zusätzliche Kaufpreiszahlung der erwerbenden Leasingunternehmen dar. Die Zahlungen erhöhten die der Provision entsprechende Marge des Vertragshändlers.
- 10 Auch die "außerordentlichen Verkaufshilfen" an die Stammkunden St. und U. seien nicht abzusetzen, weil es sich um zusätzliche Nachlässe der Beklagten auf die unverbindliche Preisempfehlung gehandelt habe. Dass solche in der Zukunft ausgeschlossen und deshalb nicht in die Prognose einzubeziehen wären, sei nicht ausreichend deutlich geworden.
- 11 Die übrigen, nicht konkret zuzurechnenden Zuschüsse seien vom Landgericht mit 368.711,92 DM als unstreitig festgestellt. Hiervon seien die für das Teilegeschäft gezahlten Boni in Höhe von 59.467,32 DM abzusetzen, so dass sich Boni und Prämien in Höhe von 309.244,60 DM ergäben. Der Stammkundenanteil betrage für die fünf Vertragsjahre durchschnittlich 14,6 %, so dass der Stammkundenanteil an den nicht konkret zuzurechnenden Zuschüssen sich auf 45.149,71 DM belaufe.
- 12 Der Rohertrag des Vertragshändlers sei für den Ausgleich in zwei Schritten zu reduzieren, nämlich zunächst um händlertypische Vergütungsbestandteile auf das Niveau eines Handelsvertreters und sodann um die Vergütung für verwaltende Tätigkeiten. Die Grundprovision sei um die sich aus dem V. - Vertrag ergebenden händlertypischen Vergütungsanteile zu reduzieren, die sich auf 29 % der gesamten Grundprovision beliefen (5 % von 17,5 % der unver-

bindlichen Preisempfehlung) und mit dieser Quote von der tatsächlich erzielten Marge abzusetzen seien. Denn eine Weitergabe eines Teils der eingeräumten Grundprovision von 17,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung an den Kunden beschränke sich naheliegend nicht auf die handelsvertretertypischen Bestandteile.

13 Die Herausrechnung händlertypischer Vergütungsanteile habe unter Einbeziehung der Zusatzleistungen zu erfolgen. Die Reduzierung solle nämlich solche Vergütungsanteile betreffen, die der Hersteller für das vom Vertragshändler zu tragende Absatz-, Lager-, Preisschwankungs- und Kreditrisiko und den Aufwand für die Auslieferung der Ware gewähre. Die hierfür entstandenen Kosten bezahle der Händler aber aus dem Gesamtgewinn, auf dessen rechnerische Zusammensetzung - Grundrabatte und/oder Zusatzleistungen - es nicht ankomme. Auch wenn ein Händler ein Fahrzeug zum Einkaufspreis verkaufe und sich nur die Zusatzleistung als Gewinn errechne, müsse er aus ihr seine händlertypischen Kosten abdecken.

14 Den Verwaltungskostenabschlag, also die Herausrechnung der Vergütungsanteile für die verwaltende, vermittlungsfremde Tätigkeit des Handelsvertreters sei mit 2,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung zu den Mehrfachkunden-Geschäften anzunehmen. Soweit die Beklagte einen höheren Abzug von 3,16 % erstrebe, sei der ihr obliegende Vortrag nicht ausreichend schätzungsg geeignet. Das führe zu einem Verwaltungskostenabschlag von 50.438,54 DM (2,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung zu den Mehrfachkunden-Geschäften von 2.017.541,79 DM).

15 Gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB [aF] sei der Anspruch aus Billigkeitsgründen um 25 % herabzusetzen. Das Berufungsgericht schätze den Einfluss der Marke auf den Kaufentschluss der Mehrfachkunden gegenüber der Tätig-

keit des Vertragshändlers als wenig(er) bedeutsam ein. Eine Erhöhung des Abschlags wegen der Übernahme einer Nachfolgemarke sei angesichts der längeren Karenz bis zur Aufnahme einer S. -Vertretung von mehr als zwei Jahren nicht erforderlich.

16 Daraus ergebe sich folgende Berechnung des Ausgleichsanspruchs:

Provisionsverluste	153.307,59 DM
+ konkrete Verkaufszuschüsse	61.033,52 DM
+ sonstige Boni und Rabatte	45.149,71 DM
= Rohausgleich	259.490,82 DM
- händlertypische Anteile (29 %)	75.252,34 DM
- verwaltende Anteile	50.438,54 DM
= Zwischensumme	133.799,94 DM
- Billigkeitskorrektur (25 %)	33.449,99 DM
= Zwischensumme	100.349,95 DM
abgezinst (x 52,9907 : 60)	88.626,90 DM
+ 15 % Umsatzsteuer	101.920,94 DM
umgerechnet	52.111,35 €

II.

17 Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen; die Revision ist deshalb zurückzuweisen.

18 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 89b HGB erfüllt sind. Nach ständi-

ger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die auf Handelsvertreter zugeschnittene Bestimmung des § 89b HGB auf einen Vertragshändler entsprechend anzuwenden, wenn zum einen sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Hersteller oder Lieferanten nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpfte, sondern der Vertragshändler so in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingegliedert war, dass er wirtschaftlich in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte, und zum anderen der Händler verpflichtet ist, dem Hersteller oder Lieferanten seinen Kundenstamm zu übertragen, so dass dieser sich bei Vertragsende die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann (vgl. nur Senatsurteile vom 22. Oktober 2003 - VIII ZR 6/03, WM 2004, 991 unter II, und vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, juris Rn. 15, jeweils mwN). Diese Voraussetzungen liegen im Falle der Klägerin nach den rechtsfehlerfreien, weder in der Berufungsinstanz noch im Revisionsverfahren angegriffenen Feststellungen des Landgerichts vor. Dass der Ausgleichsanspruch fristgerecht geltend gemacht wurde (§ 89b Abs. 4 HGB), wird ebenfalls von keiner Partei in Zweifel gezogen.

19 2. Frei von Rechtsfehlern ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten flössen aus der Geschäftsverbindung mit von der Klägerin neu geworbenen Kunden auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile zu (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB). Hierbei hat das Berufungsgericht zutreffend nur auf die von der Klägerin neu geworbenen Stammkunden abgestellt, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB besteht (Senatsurteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413 unter II 2 mwN).

20 a) Die Klägerin hat unstreitig in den Jahren ihrer Tätigkeit als Vertragshändlerin der Beklagten eine größere Anzahl neuer Stammkunden geworben

(§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 HGB). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind an diese Stammkunden in den letzten fünf Vertragsjahren - selbst wenn man die von der Revision in Abrede genommenen Stammkundengeschäfte (siehe dazu unten unter 3) nicht berücksichtigt - mehr als 40 Neuwagen verkauft worden. Hieraus hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei geschlossen, dass die Beklagte aus dem von der Klägerin geworbenen Kundenstamm auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB gezogen hat. Dem liegt die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29. März 1990 - I ZR 2/89, WM 1990, 1496 unter 3 c) nach § 287 Abs. 2 ZPO zulässige Schätzung (vom Berufungsgericht missverständlich als "Vermutung" bezeichnet) 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 bzw. § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB in der seit 5. August 2009 geltenden Neufassung). Dass die der Beklagten verbleibenden Vorteile höher zu bewerten wären als die Provisionsverluste der Klägerin, macht keine Partei geltend, so dass die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. März 2009 (BB 2009, 1607 - Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH) und die hierauf erfolgte Neufassung des § 89b Abs. 1 Satz 1 HGB für den Streitfall ohne Auswirkungen bleiben.

- 21 b) Anders als die Revision meint, lässt sich der Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe aus der beendeten Geschäftsverbindung mit der Klägerin erhebliche Vorteile gezogen, nicht entgegenhalten, ihr seien aus der Werbetätigkeit der Klägerin schon deswegen keine Vorteile zugeflossen, weil ihr ein Direktvertrieb von Fahrzeugen rechtlich nicht möglich sei und sie im

Hinblick auf die Notwendigkeit der Gleichbehandlung aller Vertragshändler verpflichtet sei, dem an die Stelle der Klägerin getretenen Vertragshändler bei zukünftigen Neuwagenverkäufen an - bereits von dieser geworbene - Stammkunden in gleicher Weise Händlerrabatte zu gewähren.

22 Der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB soll dem bislang tätigen Handelsvertreter einen Ausgleich dafür gewähren, dass die bislang von ihm verdienten Provisionen seine erbrachten Leistungen - Schaffung eines Kundenstamms - nicht vollständig abdecken (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 29. April 2009 - VIII ZR 226/07, VersR 2009, 1116 Rn. 24 mwN). Sein Nachfolger kann dagegen Provisionen für die künftig von ihm vermittelten Geschäfte verlangen. Beide Ansprüche bestehen nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 87, 87a, 89b HGB nebeneinander (Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 19). Dass ein Unternehmer "doppelt belastet" wird, wenn er für die Umsätze mit Stammkunden nicht nur dem Handelsvertreter einen Ausgleich, sondern auch dessen Nachfolgern Provisionen zahlen muss, ist zwangsläufige Folge dieses Anspruchssystems. Dieser Umstand kann daher nicht zum Wegfall eines Ausgleichsanspruchs führen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1964 - VII ZR 150/62, BGHZ 42, 244, 248; Senatsurteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475 Rn. 48; jeweils zu Ansprüchen ausgeschiedener Tankstellenhalter). Für Ausgleichsansprüche eines Vertragshändlers in entsprechender Anwendung des § 89b HGB gilt nichts anderes, denn bei diesem nehmen die Rabatte, die er vom Hersteller auf dessen Listenpreis erhält, die Stelle der Provisionen eines Handelsvertreters ein (Senatsbeschluss vom 29. April 2009 - VIII ZR 226/07, aaO mwN; Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 20).

23 3. Der für den Ausgleichsanspruch maßgebliche Stammkundenumsatz ist grundsätzlich durch Multiplikation des Mehrfachkundenumsatzes des letzten

Vertragsjahres mit dem Prognosezeitraum zu ermitteln. Hat das letzte Vertragsjahr einen atypischen Verlauf genommen, kann ein Durchschnittswert unter Heranziehung eines längeren Zeitraums gebildet werden (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, BGHZ 135, 14, 23; Senatsurteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 - I ZR 188/85, NJW-RR 1988, 42 unter II B 1 b). Im Streitfall hat das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen - einen atypischen Verlauf des letzten Vertragsjahres angenommen und seiner Berechnung alle in den letzten fünf Vertragsjahren erzielten Umsätze aus Neuwagenverkäufen an Mehrfachkunden zugrunde gelegt. Dabei hat es insgesamt 46 Neuwagenverkäufe an Stammkunden berücksichtigt. Die von der Revision dagegen im Hinblick auf drei Verkaufsfälle gerichteten Angriffe haben keinen Erfolg.

24 a) Mit Recht hat das Berufungsgericht das Geschäft Nr. 9 des letzten Vertragsjahres (Dr. U.) als Stammkundengeschäft berücksichtigt. In einer von der Klägerin vorgelegten Neuwagen-Rechnung an die A.

GmbH aus dem Jahr 1995 ist angegeben, dass das Fahrzeug auf den Kunden Dr. U. zugelassen wurde. Daraus hat das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung den Schluss gezogen, dass Dr. U. seinerzeit Leasingnehmer gewesen ist. Aufgrund dieser Feststellung hat das Berufungsgericht den Kunden mit Recht hinsichtlich des (erneuten) Kaufs im letzten Vertragsjahr als Stammkunden angesehen, denn bei Verkäufen an eine Leasinggesellschaft ist grundsätzlich der Leasingnehmer als Kunde anzusehen, weil die wirtschaftliche Entscheidung zur Anschaffung des Fahrzeugs von diesem getroffen wird (so auch OLG München, Urteil vom 16. Januar 2002 - 7 U 4312/00, juris Rn. 57, insoweit nicht in OLGR 2002, 216 abgedruckt; OLG Köln, VersR 2003, 105; Emde, MDR 2010, 537, 538).

25 Das steht nicht im Widerspruch zu der hinsichtlich der Berechnung des Ausgleichsanspruchs von Tankstellenhaltern ergangenen Rechtsprechung des Senats, dass bei so genannten Flotten- und Firmenkundenkarten für die Beurteilung der Stammkundeneigenschaft nicht auf die einzelne Karte, sondern auf den Großkunden abzustellen ist, der mehrere Karten für seine Fahrer oder Fahrzeuge einsetzt (Senatsurteile vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, juris Rn. 34 f., und vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09, BB 2010, 1685 Rn. 26). Zwar kommt auch im Fall des durch Leasing finanzierten Neuwagenverkaufs der Kaufvertrag mit der Leasinggesellschaft und nicht mit dem Leasingnehmer zustande, wie bei dem Einsatz von Flotten- oder Firmenkarten ein Kaufvertrag über die bezogene Kraftstoffmenge mit dem Großkunden als Karteninhaber, nicht aber mit dem die Karte verwendenden Fahrer abgeschlossen wird (Senatsurteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO Rn. 35). Dennoch sind die Fallgestaltungen nicht vergleichbar. Denn im Fall des durch Leasing finanzierten Kaufs eines Neuwagens trifft letztlich der Leasingnehmer die wirtschaftliche Entscheidung zur Anschaffung des Fahrzeugs; der Abschluss des Leasingvertrages und der Kauf des Fahrzeugs durch die Leasinggesellschaft dienen nur der Finanzierung dieser Anschaffung. Hingegen handelt der Fahrer bei dem Einsatz der ihm zur Verfügung gestellten Flotten- oder Firmenkarte ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Großkunden. Die Kosten des Kraftstoffkaufs sind letztlich von diesem zu tragen, so dass sich die Sachlage in diesen Fällen nicht viel anders darstellt, als wenn der Großkunde selbst mit seinen Fahrzeugen bei der Tankstelle vorfährt (vgl. Senatsurteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, aaO).

26 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Berücksichtigung des Geschäfts Nr. 78 des letzten Vertragsjahres (L. GmbH) mit der Begründung, die Rechnung sei auf den 3. März 1997 - also einen Zeitpunkt nach Vertragsbeendigung - datiert. Für die Frage, welche Fahrzeugverkäufe bei

der Ermittlung des Umsatzes mit Mehrfachkunden zu berücksichtigen sind, ist maßgebend, ob der Vertragsschluss zwischen Vertragshändler und Kunde innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Händlervertrages erfolgt ist (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 unter C I 1 d, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt). Im vorliegenden Fall, in dem das Berufungsgericht seiner Berechnung rechtsfehlerfrei alle in den letzten fünf Vertragsjahren erzielten Umsätze aus Neuwagenverkäufen an Mehrfachkunden zugrunde gelegt hat, kommt es darauf an, dass der Vertragsschluss innerhalb dieses Zeitraums erfolgt ist. Aus dem Umstand, dass bei dem hier in Rede stehenden Geschäft das Fahrzeug bereits am 3. März 1997 ausgeliefert und in Rechnung gestellt worden ist, hat das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung geschlossen, dass der Vertragsschluss jedenfalls noch vor dem 1. März 1997 und damit innerhalb des letzten Vertragsjahres erfolgt ist.

27

c) Auch die Berücksichtigung des Geschäfts Nr. 9 des fünftletzten Vertragsjahres (A. Leasing) ist nicht zu beanstanden. Die Revision nimmt die Feststellung des Berufungsgerichts hin, dass es sich um ein Eigengeschäft der Leasinggesellschaft gehandelt hat, so dass in diesem Fall die Leasinggesellschaft selbst als Kundin anzusehen ist (vgl. dazu oben unter a). Sie stellt auch nicht in Abrede, dass der Vertragsschluss zu diesem Kauf, der am 25. März 1992 in Rechnung gestellt wurde, innerhalb des fünftletzten Vertragsjahres - also frühestens am 1. März 1992 - erfolgt ist. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob auch der die Stammkundeneigenschaft begründende vorangegangene Kauf (in Rechnung gestellt am 18. März 1992) innerhalb des fünftletzten Vertragsjahres abgeschlossen wurde oder davor, wie die Revision geltend macht. Denn das Berufungsgericht hat - wie bereits ausgeführt - alle in den letzten fünf Vertragsjahren erzielten Umsätze aus Neuwagenverkäufen an Mehrfachkunden bei der Berechnung des Anspruchs berücksichtigt. Bei dieser Vorgehensweise müssen konsequenterweise alle im Fünfjahreszeitraum erfolg-

ten Neuwagenverkäufe als Stammkundengeschäfte berücksichtigt werden, bei denen der Kunde innerhalb von fünf Jahren vor dem jeweiligen Neuwagenverkauf - also innerhalb des für Neuwagengeschäfte anzunehmenden durchschnittlichen Nachbestellungsintervalls (vgl. Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, BGHZ 135, 14, 19 mwN) - bereits ein Neufahrzeug bei dem Vertragshändler gekauft hat. Das ist bei dem am 18. März 1992 in Rechnung gestellten Kauf unzweifelhaft der Fall.

28 4. Frei von Rechtsfehlern sind die grundsätzlichen Erwägungen des Berufungsgerichts zu den bei der analogen Anwendung des § 89b HGB als "Provisionsverluste" berücksichtigungsfähigen Vergütungsbestandteilen.

29 a) Wenn ein Vertragshändler für seine Verkaufsbemühungen Rabatte auf den Listenpreis des Herstellers erhält, nehmen die Rabattzahlungen wirtschaftlich betrachtet die Stelle der Provisionen eines Handelsvertreters ein. Um eine Vergleichbarkeit zwischen Händlerrabatt und Vertreterprovision zu erzielen, ist es allerdings notwendig, diejenigen Teile des Rabatts bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs herauszurechnen, die der Vertragshändler aufgrund seiner vom Handelsvertreter abweichenden Stellung für Leistungen erhält, die der Handelsvertreter üblicherweise nicht zu erbringen hat. Der Ausgleich nach § 89b HGB stellt eine Vergütung für die Überlassung des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstamms an den Unternehmer dar, so dass bei der Ermittlung der Provisionsverluste (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF) andere Provisionen oder Provisionsanteile als solche für vertretertypische Tätigkeiten grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben. Diese Grundsätze sind auch bei einer entsprechenden Anwendung des § 89b HGB zu beachten mit der Folge, dass Vergütungen für händlertypische Tätigkeiten nicht berücksichtigungsfähig sind (vgl. nur Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 28 mwN).

30 b) Für die Herstellung einer Vergleichsbasis zwischen Händlerrabatt und Vertreterprovision stehen dem Tatrichter verschiedene Wege offen. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht der Berechnung des Ausgleichsanspruchs den individuellen Rohertrag des Vertragshändlers zugrunde gelegt. Der individuelle Rohertrag stellt dabei die Differenz zwischen dem Verkaufspreis (vom Hersteller unverbindlich empfohlener Listenpreis abzüglich vom Händler gewährter Preisnachlässe an die Kunden) und dem Einkaufspreis des Händlers dar. Im Idealfall entspricht der individuelle Rohertrag des Händlers daher der Summe der Rabatte und Boni, die ihm der Hersteller auf den empfohlenen Verkaufspreis gewährt; er bleibt im Einzelfall nur insoweit hinter dieser Summe zurück, als der Händler selbst Fahrzeuge unter Gewährung von Preisnachlässen und Skonti unter dem Listenpreis verkauft hat. Aus dem individuellen Rohertrag sind dann diejenigen Vergütungsbestandteile herauszurechnen, die nicht handelsvertretertypisch, sondern händlertypisch sind. Außerdem ist der Händlerrabatt in einem weiteren Schritt um diejenigen Anteile zu reduzieren, die der Vertragshändler für solche Leistungen erhält, die ihm - wäre er Handelsvertreter - nicht als Entgelt für seine werbende (vermittelnde) Tätigkeit, sondern für "verwaltende" (vermittlungsfremde) Tätigkeiten gezahlt würden (vgl. nur Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 29 mwN).

31 c) Wie das Berufungsgericht weiter mit Recht angenommen hat, kommt es - auch unter Berücksichtigung des Wortlauts von § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF - für die Einbeziehung von zusätzlichen Vergünstigungen in die Ausgleichsberechnung nicht darauf an, ob dem Vertragshändler ein vertraglicher Anspruch auf die gewährten Zusatzleistungen zusteht. Denn für den Händler, der nach der Beendigung der Geschäftsbeziehung nicht mehr mit Zusatzvergütungen für handelsvertretertypische Tätigkeiten rechnen kann, macht es wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied, ob diese vom Hersteller aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder nur auf freiwilliger Basis gewährt wurden,

sofern der Händler - beispielsweise aufgrund jahrelanger Übung - berechtigterweise erwarten konnte, auch in Zukunft vergleichbare Leistungen zu erhalten. Denn in beiden Fällen sind diese Zusatzleistungen in die Preiskalkulation des Händlers eingeflossen und damit zum festen Bestandteil seines individuellen Rohertrags geworden (vgl. nur Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 32 mwN). So liegen die Dinge hier. Die Klägerin konnte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts und des Landgerichts erwarten, in Zukunft vergleichbare Zusatzleistungen zu erhalten.

32 5. Aufgrund dieser grundsätzlichen Erwägungen hat das Berufungsgericht Verkaufszuschüsse, die den Stammkundengeschäften konkret zuzurechnen sind, in Höhe von insgesamt 61.033,52 DM berücksichtigt. Ferner hat das Berufungsgericht weitere, nicht konkret zuzurechnende Zuschüsse mit einem Betrag von 45.149,71 DM (berechnet nach dem durchschnittlichen Stammkundenanteil der letzten fünf Vertragsjahre - also einem Anteil von 14,6 % - am Gesamtbetrag der nicht konkret zuzurechnenden Zuschüsse in Höhe von 368.711,92 DM) berücksichtigt. Damit geht das Berufungsgericht davon aus, dass auch die Zusatzleistungen, die nicht konkreten Verkäufen zuzurechnen sind, zur Abgeltung handelsvertretertypischer Tätigkeiten dienen und damit als provisionsähnlich angesehen werden können. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision nicht angegriffen.

33 Gegen die Berücksichtigung der konkret zuzurechnenden Zuschüsse wendet sich die Revision unter zwei Gesichtspunkten, nämlich hinsichtlich der "Leasingzuschüsse" und hinsichtlich der in zwei Fällen gezahlten "außerordentlichen Verkaufshilfen".

34 a) Die Berücksichtigung der "Leasingzuschüsse" bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsge-

richt hat - von der Revision nicht angegriffen - festgestellt, dass es sich bei den "Leasingzuschüssen" um zusätzliche Kaufpreiszahlungen der Leasingunternehmen handelte. Diese erhöhten damit die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem von der Klägerin zu zahlenden Einkaufspreis, also deren individuellen Rohertrag (vgl. dazu oben unter 4 b). Die von den Parteien als solche bezeichneten "Leasingzuschüsse" sind deshalb im Streitfall bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin zu berücksichtigen.

35 b) Im Hinblick auf die "außerordentlichen Verkaufshilfen", die die Beklagte im Zusammenhang mit den Neuwagenverkäufen an die Kunden Dr. U.

(Nr. 9 des letzten Vertragsjahres) und St. (Nr. 56 des drittletzten Vertragsjahres) gezahlt hat, macht die Revision geltend, dass es sich um Leistungen auf freiwilliger Basis gehandelt habe und es zudem an einer objektiven Prognostizierbarkeit für künftige Geschäfte fehle. Diese Einwände bleiben ohne Erfolg.

36 Es kommt - wie bereits oben unter 4 c dargelegt - nicht darauf an, ob die Zusatzleistungen aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder auf freiwilliger Basis gewährt wurden, wenn der Vertragshändler berechtigterweise erwarten konnte, auch in Zukunft vergleichbare Leistungen zu erhalten. Das ist hier der Fall, denn aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich, dass auch in Zukunft mit vergleichbaren Leistungen der Beklagten zu rechnen war. Dagegen bringt die Revision nichts Erhebliches vor. Allein die Bezeichnung einer Zusatzleistung als "außerordentlich" schließt entgegen der Ansicht der Revision nicht aus, dass auch in Zukunft vergleichbare Zahlungen erwartet werden können.

37 6. Die Annahme des Berufungsgerichts, der gesamte Rohertrag einschließlich der berücksichtigungsfähigen Zusatzleistungen sei um händlertypi-

sche Bestandteile in Höhe von 29 % zu kürzen, lässt keine Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen.

38 Das Berufungsgericht hat die Quote von 29 % - entgegen der Auffassung der Revision - zutreffend bemessen. Es hat die in Abzug gebrachte Quote von 29 % dadurch errechnet, dass es die nach den Feststellungen des Landgerichts an die Klägerin gezahlten Zusatzrabatte von 5 % [Vorfürswagenbestand 2 %; Werbung 1 %; Ausstellungsraum 1 %; Beschäftigung geschulter Verkäufer 1 %]) zu dem Gesamtrabatt von 17,5 % (12,5 % Grundrabatt zuzüglich 5 % Zusatzrabatte) ins Verhältnis gesetzt hat ($5/17,5 \times 100 =$ aufgerundet 29 %). Diese Vorgehensweise steht entgegen der Auffassung der Revision nicht im Widerspruch zum Senatsurteil vom 5. Juni 1996 (VIII ZR 141/95, WM 1996, 1962 unter B I 2 a aa). Danach kann bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur der Grundrabatt in Höhe von 12,5 % der Händler-Netto-Preise zugrunde gelegt werden. Hieraus ergibt sich aber, anders als die Revision meint, keine Festlegung, auf welchem rechnerischen Weg die Bereinigung um händlertypische Zusatzrabatte zu erfolgen hat. Vom Tatrichter ist nur zu verlangen, dass er eine Berechnung wählt, die sicherstellt, dass die händlertypischen Zusatzrabatte von 5 % herausgerechnet werden. Dem wird die Berechnung des Berufungsgerichts gerecht.

39 Allerdings hat das Berufungsgericht die rechtsfehlerfrei ermittelte Quote von 29 % zu Unrecht von dem Rohertrag der Klägerin unter Einbeziehung aller Zusatzleistungen der Beklagten ohne weitere Differenzierung in Abzug gebracht (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 49). Dies wirkt sich jedoch nicht zum Nachteil der Beklagten aus und kann daher auf deren Revision nicht berücksichtigt werden.

40 7. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ist der nach Herausrechnung der händlertypischen Vergütungsbestandteile verbleibende Händlerrabatt in einem weiteren Schritt um den Anteil zu reduzieren, den der Händler für solche Leistungen erhält, die ihm, wäre er Handelsvertreter, nicht als Entgelt für seine werbende (vermittelnde) Tätigkeit, sondern für "verwaltende" (vermittlungsfremde) Tätigkeiten gezahlt würden. Diesen Anteil hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision, die mindestens 3,16 % in Abzug bringen will, in rechtlich nicht zu beanstandender Weise nach § 287 Abs. 2 ZPO auf 2,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung zu den Mehrfachkunden-Geschäften geschätzt (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 50 mwN).

41 8. Auch die Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs um 25 % aus Billigkeitsgründen lässt keine Rechtsfehler erkennen. Die Würdigung der im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB aF (neuerdings § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB nF) zu berücksichtigenden Umstände obliegt dem Tatrichter, wobei er einen entsprechenden Abzug im Wege der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vornehmen kann. Dass das Berufungsgericht einen Billigkeitsabschlag für die Sogwirkung der Marke V. in Höhe von nicht mehr als 25 % für angemessen erachtet hat, hält sich innerhalb des ihm eingeräumten weiten tatrichterlichen Ermessensspielraums (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, aaO Rn. 53). Das gilt auch, soweit das Berufungsgericht einen über 25 % hinausgehenden Abzug wegen der Übernahme einer Vertre-

tung der Marke S. im Hinblick auf den langen Zeitraum zwischen Vertragsbeendigung und Übernahme der neuen Vertretung abgelehnt hat.

Ball

Hermanns

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 01.03.2006 - 3/9 O 44/02 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 10.07.2007 - 5 U 62/06 -