BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 263/02

Verkündet am:
7. Mai 2003
Potsch,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 89 b

Zur Berücksichtigung einer "Sogwirkung" der Marke eines Mineralölunternehmens bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB.

BGH, Urteil vom 7. Mai 2003 - VIII ZR 263/02 - KG Berlin
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Dr. Leimert, Dr. Wolst und Dr. Frellesen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Juli 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten 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:

Aufgrund des am 31. Juli/25. August 1992 geschlossenen "ST-Tankstellenvertrages" betrieb der Kläger die neu eröffnete Selbstbedienungs-Tankstelle der Beklagten in H. bei B. . Nach den vertraglichen Vereinbarungen übernahm er als selbständiger Kaufmann (Handelsvertreter) im Namen und für Rechnung der Beklagten den Verkauf von Motorenkraftstoffen und anderen Produkten der Beklagten, die Ausführung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte und die Einziehung der Verkaufserlöse. Dafür erhielt der Kläger einen Provisionsfestbetrag und eine Absatzprovision. Das Ver-

tragsverhältnis endete nach Kündigung der Beklagten vereinbarungsgemäß am 25. Juni 1998.

Der Kläger hat Handelsvertreterausgleich in Höhe von 394.185,81 DM begehrt. Das Landgericht hat der Klage - unter Berücksichtigung einer unstreitigen Aufrechnungsforderung der Beklagten - in Höhe von 300.977,45 DM nebst Zinsen stattgegeben und hat die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere 17.908,96 DM nebst Zinsen zu zahlen. In Höhe der Aufrechnungsforderung von 62.666,94 DM hat es die Erledigung der Hauptsache festgestellt. Die weitergehende Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Dem Kläger stehe - ohne Berücksichtigung der unbestrittenen Gegenforderung - ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in der durch die Kappungsgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB beschränkten Höhe von 381.553,35 DM (brutto) zu.

Grundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs sei der Anteil, der von der im letzten Vertragsjahr erzielten Provision - netto 290.023,56 DM - auf Umsätze mit Stammkunden entfalle. Der Stammkundenumsatzanteil sei auf

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

der Grundlage der ARAL-Studie aus dem Jahre 1987, deren Verwertung vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 6. August 1997 gebilligt worden sei (VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66), mit 90 % anzusetzen. Ein Abzug für Stammkunden, die von einem Vorgänger übernommen worden seien, komme hier nicht in Betracht, weil der Kläger der erste Betreiber der Tankstelle gewesen sei. Von dem Stammkundenumsatzanteil der letzten Jahresprovision entfielen 90 % auf Provisionen für werbende Tätigkeiten des Klägers; nur dieser Vergütungsanteil sei in die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs einzubeziehen.

Auf der Grundlage des so ermittelten Teilbetrages der letzten Jahresprovision hat das Berufungsgericht die Provisionsverluste des Klägers mit 200 % veranschlagt. Abzüge aus Billigkeitsgründen hat das Berufungsgericht nicht für gerechtfertigt gehalten, auch nicht im Hinblick auf eine "Sogwirkung" der Marke der Beklagten. Das Berufungsgericht hat die so errechneten Provisionsverluste des Klägers abgezinst und hat darüber hinaus den Ausgleichsanspruch auf den Höchstbetrag nach § 89 b Abs. 2 HGB reduziert. Aus diesem Betrag ergibt sich nach Abzug der Aufrechnungsforderung der Beklagten die dem Kläger vom Berufungsgericht über das erstinstanzliche Urteil hinaus zugesprochene Forderung.

II.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Ausgleichsanspruchs des Klägers wegen Beendigung des Handelsvertretervertrages (§ 89 b HGB) halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung hinsichtlich

der Schätzung des für den Ausgleichsanspruchs maßgeblichen Stammkundenumsatzanteils (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB) nicht stand.

1. Zu Recht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht den Stammkundenumsatzanteil und damit den entsprechenden Provisionsanteil, der in der vom Kläger zuletzt erwirtschafteten Jahresprovision enthalten ist, im Rahmen einer hier zulässigen Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) fehlerhaft berechnet hat.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Klägers grundsätzlich die letzte Jahresprovision zu Grunde zu legen und davon nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Kläger für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (st.Rspr.; zum Tankstellenhalter: Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, WM 2003, 491 unter B I m.Nachw. und VIII ZR 158/01, WM 2003, 499 unter II 1 a; zuletzt Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, zur Veröffentlichung bestimmt, unter B I 3).

Vergeblich rügt die Revision insoweit, das Berufungsgericht habe es versäumt, aus der Berechnung des Ausgleichsanspruchs vorab einen Umsatzanteil von 10 % auszuklammern, der auf "Altstammkunden" entfalle, die der Kläger nicht geworben habe. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, daß der Kläger der erste Betreiber der 1992 auf dem Gebiet der ehemaligen DDR neu eröffneten Tankstelle der Beklagten war, so daß es Kunden dieser Tankstelle, die der Kläger von einem Vorgänger hätte übernehmen können, noch nicht gab. Dies wird von der Revision auch nicht angegriffen. Ihrem Vorbringen, der Abzug eines Altstammkundenumsatzanteils von 10 % sei schon deshalb begründet, weil bei einer neu gegründeten Tankstelle natürlicherweise

in großer Anzahl Altkunden der Beklagten tanken würden, die ihren Bedarf zuvor bei einer anderen Tankstelle der Beklagten gedeckt hätten, hatte das Berufungsgericht nicht nachzugehen. Dieses nicht näher substantiierte Vorbringen der Beklagten bietet keine hinreichende Grundlage für eine Schätzung des Umsatzanteils, der auf solche Kunden entfällt, die bereits vor der Neueröffnung der Tankstelle Stammkunden der Beklagten an einer anderen Tankstelle waren.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht den auf Stammkunden entfallenden Umsatzanteil aufgrund statistischen Materials nach § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt hat.

aa) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte eine Schätzung nicht vornehmen dürfen und die Klage abweisen müssen, weil der Kläger den Anteil seiner Stammkunden und den auf diese entfallenden Umsatzanteil nicht konkret dargelegt habe. Zwar trifft es zu, daß die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB dem Tankstellenhalter obliegt, der somit auch darzulegen und zu beweisen hat, welcher Anteil am Umsatz bzw. an den Provisionseinnahmen in der Zeit vor der Vertragsbeendigung auf Geschäfte mit Stamm- oder Mehrfachkunden entfiel (st.Rspr.; zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO unter B I 1 b aa und VIII ZR 158/01, aaO unter II 1 b aa). Auf dieser Grundlage hat der Senat eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils einer Selbstbedienungs-Tankstelle aber bereits wiederholt für zulässig erachtet (zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002, aaO; Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO unter B II 1). Zudem hat der Senat die Schätzung des Stammkundenumsatzanteils dadurch erleichtert, daß er hierfür auch die Verwendung statistischen Materials gebilligt hat (aaO).

Allerdings hat der Senat in den genannten Urteilen bereits darauf hingewiesen, daß in Zukunft die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an einer bestimmten Tankstelle aufgrund fortschreitender elektronischer Erfassung der Zahlungsvorgänge sich weniger schwierig gestalten und daher von dem Tankstellenhalter auch zu verlangen sein wird, so daß sich eine Heranziehung des weniger aussagekräftigen statistischen Materials weitgehend erübrigen kann (dazu näher Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO unter B I 1 b aa und VIII ZR 158/01, aaO unter II 1 b dd; zuletzt Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO unter B II 2 a). Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt und die Beklagte hat auch nicht dargetan, daß die Möglichkeit einer konkreten, fallbezogenen Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an der Tankstelle des Klägers anhand einer elektronischen Auswertung der Zahlungsbelege bereits bestand.

bb) Unzutreffend ist auch die Auffassung der Revision, das Berufungsgericht hätte seiner Schätzung des Stammkundenumsatzanteils die ARAL-Studie aus dem Jahre 1987 deshalb nicht zugrunde legen dürfen, weil der Kläger die Studie im Rechtsstreit nicht vorgelegt habe (§ 286 ZPO). Aus der Bezugnahme beider Parteien auf die in einer Pressemitteilung der ARAL-AG vom 14. November 1988 veröffentlichten Ergebnisse der im Jahr 1987 vom Allensbach-Institut durchgeführten Repräsentativbefragung der Pkw-Fahrer im damaligen Bundesgebiet ergab sich, daß die Parteien die Ergebnisse dieser ARAL-Studie kannten, die auch in dem Senatsurteil vom 6. August 1997 wiedergegeben sind (VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66 unter B I 1 c).

cc) Ebenfalls ohne Erfolg beanstandet die Revision als Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht dem Vorbringen der Beklagten über Ergebnisse anderer Meinungsforschungsinstitute (FORSA, SNC) nicht nachge-

gangen ist. Das Berufungsgericht hat das knappe Vorbringen der Beklagten zu diesen neueren Studien rechtsfehlerfrei für nicht hinreichend substantiiert gehalten.

c) Die Annahme des Berufungsgerichts, aus dem Ergebnis der ARAL-Studie von 1987, demzufolge damals 84 % aller bundesdeutschen Pkw-Fahrer an einer oder bis zu drei Stammtankstellen tankten, könne ohne weiteres auf einen durchschnittlichen Stammkundenumsatzanteil von 90 % oder mehr geschlossen werden, kann jedoch keinen Bestand haben. Diese Annahme beruht auf einer fehlerhaften Gleichsetzung des in der ARAL-Studie ermittelten prozentualen Anteils der "Stammtanker" - der befragten Pkw-Fahrer, die an einer oder bis zu drei Stammtankstellen tanken - mit dem prozentualen Anteil der Stammkunden an der Gesamtkundschaft einer einzelnen Tankstelle (der "Durchschnittstankstelle"; dazu näher Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO unter II 1 c aa; Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO unter B II 3 a).

Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß bei einer Übertragung der Ergebnisse der ARAL-Studie auf die Verhältnisse einer einzelnen Tankstelle in Deutschland - der "Durchschnittstankstelle" - der prozentuale Umsatzanteil, der an dieser Tankstelle auf eine der drei Kundengruppen (Mehrfachkunden mit einer Stammtankstelle, Mehrfachkunden mit zwei oder drei Stammtankstellen, "Laufkunden") entfällt, unter den dabei zu unterstellenden Voraussetzungen nicht größer sein kann als der in der Repräsentativbefragung ermittelte Anteil dieser Kundengruppe an der Gesamtheit der Pkw-Fahrer (näher dazu Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO unter B I 1 b dd aaa, und VIII ZR 158/01, aaO; Senatsurteil vom 12. Februar 2003, aaO). Bei der Schätzung des Umsatzes einer Durchschnittstankstelle auf der Grundlage der Ergebnisse der ARAL-Studie kann nicht angenommen werden, daß der mit den "Stammtan-

kern" an einer Durchschnittstankstelle erzielte Umsatzanteil deshalb größer sei als der Anteil der Stammtanker an der Gesamtheit der Pkw-Fahrer, weil diese "Stammtanker" an der Durchschnittstankstelle häufiger tankten als deren Laufkunden. Die geringere Tankhäufigkeit eines einzelnen "Laufkunden" an der durchschnittlichen Tankstelle wird vielmehr dadurch ausgeglichen, daß eine größere Anzahl von "Laufkunden" diese Tankstelle aufsucht. Soweit hiervon abweichend der Senat in seinen Urteilen vom 6. August 1997 (VIII ZR 150/96, aaO unter B II 2 und VIII ZR 92/96, aaO unter B I 2 dd) ebenso wie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall angenommen hat, daß sich aus dem Anteil der "Stammtanker" im Sinne der ARAL-Studie von 1987 ein Stammkundenumsatzanteil an einer einzelnen Tankstelle von mehr als 90 % ableiten lasse, hat der Senat daran bereits in seinen, dem Berufungsgericht noch nicht bekannt gewesenen Urteilen vom 10. Juli 2002 (aaO) nicht mehr festgehalten.

III.

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht den Stammkundenumsatzanteil unter Berücksichtigung der nach Erlaß des Berufungsurteils hierzu ergangenen Rechtsprechung des Senats erneut schätzen kann.

Hinsichtlich der Billigkeitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB weist der Senat darauf hin, daß gegen die Auffassung des Berufungsgerichts Bedenken bestehen, eine "Sogwirkung" der Marken großer Mineralölunternehmen sei nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

Zwar obliegt die Feststellung und die Würdigung der im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigenden Umstände grundsätzlich dem Tatrichter. Ein für

die Billigkeit maßgeblicher Umstand ist aber nach ständiger Rechtsprechung darin zu sehen, daß die Verkaufsbemühungen eines Handelsvertreters oder Vertragshändlers in nicht unerheblichem Maße durch die von der Marke des Produkts ausgehende "Sogwirkung" gefördert werden (st.Rspr.; Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302 unter B I 4 m.Nachw.; zum Tankstellenhalter: Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO unter II 4). Daher gehört die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Händlers oder Handelsvertreters einerseits und "Sogwirkung" der Marke andererseits im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB zum Kernbereich des tatrichterlichen Schätzungsermessens, das auch ausgeübt werden muß (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO). Eine derartige Abwägung hat das Berufungsgericht versäumt, indem es angenommen hat, die Marken der den Tankstellenmarkt in Deutschland beherrschenden großen Mineralölunternehmen besäßen "mehr oder weniger gleichen Bekanntheitsgrad", so daß Werbeeffekte nicht zum Tragen kämen, sondern sich gegenseitig neutralisierten. Dabei hat das Berufungsgericht verkannt, daß es hier nicht um die Feststellung geht, ob und in welchem Umfang die Marke des einen Mineralölunternehmens bekannter ist als die eines anderen. Vielmehr ist zu fragen, ob die Bekanntheit der Marke eines Mineralölunternehmens, zu der das Unternehmen durch hohen Werbeaufwand beiträgt, es rechtfertigt, den Ausgleichsanspruch des Tankstellenhalters - in begrenztem Umfang - deshalb zu kürzen, weil auch der Tankstellenhalter von der Bekanntheit der Marke und dem dahinterstehenden Werbeaufwand des Mineralölunternehmens profitiert, indem der Umsatz an der Tankstelle nicht allein von der werbenden und vermittelnden Tätigkeit des Tankstellenhalters abhängt, sondern auch von der "Sogwirkung" der Marke des Mineralölunternehmens. Das Berufungsgericht wird deshalb nochmals zu erwägen haben, ob unter diesem Gesichtspunkt die

"Sogwirkung" der Marke der Beklagten eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs aus Billigkeitsgründen rechtfertigt.

Dr. Deppert Dr. Beyer Dr. Leimert

Dr. Wolst Dr. Frellesen