BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 25/08

Verkündet am:
13. Januar 2010
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89b

a) Für die Berücksichtigung von (über den Rabatt auf den Listenpreis hinaus gewährten) Zusatzleistungen des Herstellers/Lieferanten bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers in entsprechender Anwendung des § 89b HGB kommt es nicht darauf an, ob dem Vertragshändler ein vertraglicher Anspruch auf die gewährten Zusatzleistungen zustand; es genügt, dass der Vertragshändler berechtigterweise erwarten konnte, auch in Zukunft vergleichbare Leistungen zu erhalten.

b) Preisnachlässe, die der Vertragshändler unter Schmälerung seiner Handelsspanne seinen Kunden gewährt, verwirklichen das vom Vertragshändler zu tragende Absatzrisiko; sie haben deshalb bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs außer Betracht zu bleiben (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302). Sofern der Hersteller/Lieferant aber einen Teil des Absatzrisikos übernimmt, indem er dem Vertragshändler verkaufsfördernde Zusatzleistungen gewährt, damit dessen Rohertrag nicht in Höhe des vollen Preisnachlasses geschmälert wird, sind diese Zusatzleistungen im Gegenzug dem Rohertrag hinzuzurechnen (Abgrenzung zu BGHZ 29, 83, 91; BGH, Urteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, NJW 1996, 1299).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08 - OLG Frankfurt/Main

LG Frankfurt/Main

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2010 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 Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 11. Dezember 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin war für die Beklagte 16 Jahre lang als Vertragshändlerin für den Vertrieb von ... -Neufahrzeugen sowie von Ersatz- und Zubehörteilen tätig. Das Vertragsverhältnis wurde von der Beklagten ordentlich mit Wirkung zum 31. Januar 2000 gekündigt. Anschließend übernahm die Klägerin eine T. -Vertretung. Seit 1. Januar 2004 betreibt die Klägerin eine ... -Vertragswerkstatt.

2 Mit der Klage hat die Klägerin einen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog in Höhe von 363.299,32 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 155.876,03 € nebst Zinsen stattgegeben

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

und die weiter gehende Klage abgewiesen. Dagegen haben sich beide Parteien mit der Berufung gewandt. Die Beklagte hat eine Herabsetzung ihrer Verurteilung auf 95.000 € (nebst Zinsen) verlangt; die Klägerin hat Zahlung weiterer 29.021,05 € begehrt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten deren Zahlungsverpflichtung auf einen Betrag von 125.627,97 € nebst Zinsen herabgesetzt. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die Reduzierung ihrer Verurteilung auf 95.000 € (nebst Zinsen) begehrt. Mit ihrer Anschlussrevision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

4 Das Berufungsgericht 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 einer entsprechenden Anwendung dieser Bestimmung auf die Klägerin als Vertragshändlerin seien im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt worden. Auch die ordentliche Beendigung des Händlervertrags zum 31. Januar 2000 und die rechtzeitige Anmeldung des Anspruchs stünden außer Frage.

6 Der Anspruch scheitere auch nicht an § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB. Der Einwand der Beklagten, den Provisionsverlusten der Klägerin entsprächen keine Vorteile für die Beklagte, entkräfte nicht die diesbezüglich von der Rechtsprechung anerkannte Vermutung. Es sei nicht fernliegend, dass die Beklagte aus dem von der Klägerin geworbenen Kundenstamm auch dann erhebliche Vorteile ziehe, wenn sie ihn einem anderen Vertragshändler überlasse.

7 Entgegen den vom Landgericht getroffenen Feststellungen habe die Klägerin aber im letzten Vertragsjahr keine 17, sondern lediglich 15 Neufahrzeuge an Stammkunden verkauft. Aus diesen Mehrfachkundengeschäften errechne sich für das letzte Vertragsjahr als Stammprovision (individueller Rohertrag ohne Boni) ein Betrag von 105.833,93 DM. Dieser Betrag gebe die Differenz zwischen der Summe der Verkaufspreise bei Veräußerungen an Stammkunden (= 832.022,46 DM - nach Abzug von Preisnachlässen, die die Klägerin ihren Kunden gewährt hat) und der Summe der hiermit korrespondierenden Einkaufspreise (726.188,53 DM) wieder.

8 Außerdem seien bei der Berechnung des Rohertrags sämtliche von der Beklagten gewährte Zusatzleistungen zu berücksichtigen. Für die Erfassung solcher Zusatzvergütungen spreche wesentlich der Regelungszweck des § 89b Abs.1 HGB unter Einbeziehung europarechtlicher Vorgaben. Die Handelsvertreterrichtlinie, auf deren Grundlage § 89b HGB novelliert worden sei, sehe den Provisionsverlust nur als Element einer Billigkeitsbetrachtung. Unter Billigkeitsaspekten könne es aber nicht darauf ankommen, ob der Hersteller Sonderzahlungen zur Absatzförderung zeitlich einseitig begrenze, solange der Vertragshändler erwarten könne, dass auch in Zukunft vergleichbare Verkaufsförderungen erfolgten. Bei der Bemessung des Anspruchs nach § 89b HGB analog seien daher sowohl Großabnehmerzuschüsse als auch Mietwagenzuschüsse und Verkaufsprämien zu berücksichtigen. Es handele sich insoweit um Verkaufshil-

fen, die nicht zum Ausgleich des - vom Vertragshändler zu tragenden - Absatzrisikos gezahlt würden und daher nicht als handelsvertreteruntypische Leistungen unberücksichtigt bleiben müssten. Daneben seien auch zusätzliche Entgelte für die Inzahlungnahme von Gebrauchtfahrzeugen und für Leasingzuschüsse der ... Auto Leasing Deutschland GmbH in die Bemessung einzubeziehen. Die bei der Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen gewährte Sondervergütung kompensiere den versteckten Rabatt des Händlers. Die Zuschüsse der Leasinggesellschaft glichen ebenfalls einen den Rohertrag des Händlers schmälernden Kundenrabatt aus. Dagegen seien Werbekostenzuschüsse nicht zu berücksichtigen, weil mit ihnen Leistungen abgegolten würden, die ein Handelsvertreter typischerweise nicht zu erbringen habe. Die danach in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs einzustellenden Zuschüsse beliefen sich auf insgesamt 21.456,00 DM. Für das letzte Verkaufsjahr ergebe sich damit für Mehrfachkundengeschäfte ein individueller Rohertrag einschließlich Zusatzleistungen von 127.289,93 DM.

9 Aus diesem Betrag seien allerdings die Rabattbestandteile herauszurechnen, die der Händler als Gegenleistung für händlertypische Tätigkeiten und Risiken erhalte. Denn für den Anspruch nach § 89b HGB analog sei nur der Anteil an den Neuwagenverkaufserlösen maßgebend, der der Provision eines Handelsvertreters für seine handelsvertretertypische, werbende Tätigkeit entspreche. Vorliegend betrage der Grundrabatt laut Händlervertrag 12,5 %. Für Vorführwagen (2 %), Werbung (1 %), Ausstellungsraum (1 %) und Verkaufspersonal (1 %) erhalte der Händler Zusatzrabatte von insgesamt 5 %. Der gebotene Abzug des Zusatzrabatts habe durch eine dem Verhältnis von Gesamtrabatt und Zusatzrabatt (5/17,5 x 100 = 29 %) entsprechende Reduzierung des Roherlöses des Händlers zu erfolgen. Davon sei der gesamte Rohertrag einschließlich Zusatzleistungen betroffen. Dies führe zu einer Reduzierung um 36.914,08 DM (= 29 % von 127.289,93 DM).

10 Weiter sei ein Abschlag für die verwaltende, vermittlungsfremde Tätigkeit des Händlers vorzunehmen. Dieser sei in der Regel mit 2,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung zu den Mehrfachkunden-Geschäften (880.228,52 DM), hier also mit 22.005,71 DM, anzusetzen. Soweit die Beklagte einen höheren Abzug von 3,16 % erstrebe, sei ihr diesbezüglicher Vortrag weder ausreichend schätzungsgeeignet, noch gebe er - mangels Schlüssigkeit - Veranlassung zur Einholung eines Sachverständigengutachtens. Danach verbleibe nach Abzug der Anteile für händlertypische und verwaltende Tätigkeiten ein Betrag von 68.370,14 DM (= 127.289,93 DM - 36.914,08 DM - 22.005,71 DM).

11 Da das letzte Vertragsjahr keinen atypischen Verlauf genommen habe, könne es als Basis für die Hochrechnung auf einen Prognosezeitraum von fünf Jahren dienen. Danach errechne sich für den maßgeblichen Fünfjahreszeitraum ein Betrag von 341.850,69 DM (= 5 x 68.370,14 DM).

12 Dieser Betrag sei allerdings um einen im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB [aF] vorzunehmenden, mit 25 % zu bemessenden Abschlag wegen der "Sogwirkung" der vertriebenen Automarke zu kürzen. Ein über 25 % hinaus gehender Billigkeitsabschlag komme nicht in Betracht. Grundsätzlich sei es bei der Billigkeitsprüfung zwar zu berücksichtigen, wenn ein Vertragshändler in anderer Form (Herabstufung zur Werkstatt) im Vertriebsnetz des Herstellers verbleibe. Im vorliegenden Fall könne jedoch im Hinblick darauf, dass für einen Zeitraum von nahezu drei Jahren die Eigenschaft einer Vertragswerkstatt gefehlt habe, nicht angenommen werden, dass die Klägerin als neue Vertragswerkstatt noch Vorteile aus dem alten Kundenstamm ziehen könne. Auch ein Abschlag wegen des nach Beendigung des Händlervertrags mit der Beklagten übernommenen Vertriebs für das Fabrikat T. sei nicht gerechtfertigt, weil es an der Vergleichbarkeit der Marken fehle. Danach ergebe sich unter Berücksichtigung eines Billigkeitsabschlags von 25 %

sowie einer Abzinsung nach Gillardon und der Hinzurechnung von 16 % Umsatzsteuer ein Ausgleichsbetrag von insgesamt 262.666,15 DM (= 134.299,07 €). Dieser Betrag sei nicht nach § 89b Abs. 2 HGB analog herabzusetzen, denn die dort geregelte Kappungsgrenze sei nicht überschritten. Die Jahresdurchschnittsprovision für alle Verkäufe der letzten fünf Vertragsjahre betrage nämlich 629.094,99 DM (= 321.651,16 €).

13 Der Ausgleichsanspruch der Klägerin in Höhe von 134.299,07 € reduziere sich allerdings im Hinblick auf die von der Beklagten wegen eines Anspruchs auf Rückzahlung zuviel gezahlter Provisionen (8.671,10 €) erklärte Aufrechnung auf 125.627,97 €.

II.

14 Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht hat der Klägerin zwar mit Recht dem Grunde nach einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zuerkannt. Die Berechnung der Höhe dieses Anspruchs ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

15 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 89b HGB auf die Klägerin als ehemalige Vertragshändlerin erfüllt sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die auf Handelsvertreter zugeschnittene Bestimmung des § 89b HGB auf einen Vertraghändler entsprechend anzuwenden, wenn sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Hersteller oder Lieferanten nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft, sondern der Vertragshändler so in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingegliedert war, dass er wirtschaftlich in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter ver-

gleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte, und der Händler zum anderen verpflichtet ist, dem Hersteller oder Lieferanten seinen Kundenstamm zu übertragen, so dass sich dieser 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; vom 28. Juni 2006 - VIII ZR 350/04, WM 2006, 1919, Tz. 11, und vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 352/04, NJW-RR 2007, 1327, Tz. 13 f.; jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen im Falle der Klägerin nach den rechtsfehlerfreien, weder in der Berufungsinstanz noch im Revisionsverfahren angegriffenen Feststellungen des Landgerichts vor. Dass die Klägerin den Ausgleichsanspruch fristgerecht geltend gemacht hat (§ 89b Abs. 4 HGB), wird in den Rechtsmittelinstanzen ebenfalls von keiner Partei in Zweifel gezogen.

16 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 die Vergütungen berücksichtigt, die die Klägerin im letzten Vertragsjahr für Umsätze mit von ihr (während der Vertragslaufzeit) neu geworbenen Stammkunden erhalten hat (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413, unter II 2, m.w.N.). Lediglich bei der Bestimmung der Anzahl der in diesem Zeitraum von der Klägerin getätigten Neuwagenverkäufe an Stammkunden ist dem Berufungsgericht - wie die Anschlussrevision zutreffend geltend macht - ein Rechtsfehler unterlaufen.

17 a) Die Klägerin hat unstreitig in den 16 Jahren ihrer Tätigkeit als Vertragshändlerin der Beklagten eine größere Anzahl neuer Stammkunden geworben (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 HGB). An diese Stammkunden sind nach den von der Revision der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Be-

rufungsgerichts im letzten Vertragsjahr 15 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 Gemeinschaften vom 26. März 2009 (Rs. C-348/07, 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.

18 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 - Stammkun-

den in gleicher Weise Händlerrabatte zu gewähren. Die Revision legt hierbei ein unzutreffendes Verständnis der ausgleichspflichtigen Vorteile zugrunde.

19 aa) Es trifft zwar zu, dass im Schrifttum der in § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB vorausgesetzte Unternehmervorteil als die Aussicht auf einen Unternehmergewinn ohne Provisionsverpflichtung definiert wird (Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 89b Rdnr. 15; Roth in Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 89b Rdnr. 7). Hieraus kann aber entgegen der Auffassung der Revision nicht abgeleitet werden, dass immer dann, wenn dem Nachfolger eines Vertragshändlers Rabatte zu gewähren sind, ein Ausgleichsanspruch ausgeschlossen ist. Denn die vom Schrifttum getroffene Aussage bezieht sich ausschließlich darauf, dass gegenüber dem ausgeschiedenen Handelsvertreter keine Provisionszahlungspflicht nach §§ 87, 87a HGB (in Verbindung mit den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen) mehr besteht. An die Stelle dieser Zahlungsverpflichtung tritt mit der Beendigung der Geschäftsverbindung der Anspruch nach § 89b HGB. Dieser 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, Tz. 24 m.w.N.; Hopt, aaO, Rdnr. 2). 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.

20 bb) 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. BGHZ 42, 244, 248; Senatsurteil vom

12. September 2007 - VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475, Tz. 48; jeweils zu Ansprüchen ausgeschiedener Tankstellenpächter). 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, aaO, m.w.N.).

21 c) Soweit das Berufungsgericht bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs allerdings im letzten Vertragsjahr lediglich 15 Neuwagenverkäufe an Stammkunden berücksichtigt hat, ist dies nicht frei von Rechtsfehlern.

22 aa) Die Klägerin wendet sich mit ihrer Anschlussrevision zu Recht dagegen, dass das Berufungsgericht den unter der laufenden Nummer 307 aufgeführten Verkauf an den Kunden W. vom 8. April 1999 nicht als Neuwagenverkauf an einen Stammkunden berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht hat angenommen, erst bei dem nachfolgenden Verkauf an denselben Kunden vom 27. Januar 2000 (lfd. Nr. 372) handele es sich um ein Mehrfachkundengeschäft. Der Erstkauf vom 8. April 1999 habe dagegen lediglich die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass der im Jahr 2000 erfolgte Neuwagenverkauf als Stammkundengeschäft gewertet werden könne. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

23 Nach der Rechtsprechung des Senats kann die Mehrfachkundeneigenschaft durch zwei oder mehr Verkaufsvorgänge im letzten Vertragsjahr begründet werden, und zwar unabhängig davon, ob diese an einem Tag oder an verschiedenen Tagen stattgefunden haben. Denn selbst wenn ein Kunde mehrere Fahrzeugkäufe zeitgleich tätigt, ist anzunehmen, dass dem Hersteller erhebliche Vorteile nach Vertragsbeendigung bleiben. Auch die auf einer solchen Mehrfachbestellung beruhenden Umsätze sind daher als berücksichtigungsfä-

hige Mehrfachkundenumsätze anzuerkennen (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503, unter C I 1 c, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt). Erst recht gilt dies für diejenigen Fälle, in denen ein Kunde im letzten Vertragsjahr mehrere Bestellungen aufgegeben hat, die auf zeitlich verschiedenen Kaufentschlüssen beruhen (Senatsurteil vom 26. Februar 1997, aaO, unter C II 1 b, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt). Da der genannte Kunde im letzten Vertragsjahr (Zeitraum vom 1. Februar 1999 bis 31. Januar 2000) zwei Neufahrzeuge erworben hat, sind - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - beide Verkaufsvorgänge als Mehrfachkundengeschäfte zu bewerten.

24 bb) Ohne Erfolg beanstandet die Anschlussrevision der Klägerin dagegen die unterbliebene Berücksichtigung des unter der laufenden Nummer 370 (L.) aufgeführten Verkaufs. Das Berufungsgericht hat hierbei rechtsfehlerfrei angenommen, die Klägerin habe nicht hinreichend vorgetragen, dass der Kaufvertrag über das erst am 18. Februar 2000 ausgelieferte Fahrzeug noch im letzten Vertragsjahr, also bis einschließlich 31. Januar 2000, zustande gekommen ist.

25 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, aaO, unter C I 1 d, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt). Diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht nicht verkannt; vielmehr hat es lediglich hinreichenden Vortrag der Klägerin dazu vermisst, dass sie das Vertragsangebot des Kunden vor Beendigung des Händlervertrages, also bis einschließlich 31. Januar 2000, angenommen und dadurch das Zustandekommen des Kaufvertrags bewirkt hat. Diese vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbare

tatrichterliche Würdigung (vgl. nur BGHZ 179, 126, Tz. 23 m.w.N.) lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Anschlussrevision zeigt keinen übergangenen Tatsachenvortrag auf. Insbesondere hat das Berufungsgericht die von der Klägerin im Rechtsstreit vorgelegte Bestätigung des Kunden, wonach die Klägerin dessen Angebot noch im Januar 2000 angenommen haben soll, in seine Überlegungen einbezogen. Es hat die Aussagekraft dieses Schreibens aber im Hinblick auf das dort genannte, von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichende Bestelldatum zu Recht in Zweifel gezogen. Soweit die Anschlussrevision der Klägerin diesbezüglich geltend macht, die vom Berufungsgericht beanstandete Diskrepanz zwischen dem vom Kunden angegebenen Bestelldatum (10. Januar 2000) und dem in der Einkaufsrechnung genannten Datum (15. Oktober 1999) sei nur deswegen aufgetreten, weil es sich um ein - von der Klägerin bereits bestelltes, aber im Januar 2000 noch nicht ausgeliefertes - Lager- oder Ausstellungsfahrzeug gehandelt habe, führt sie, wie die Beklagte mit Recht rügt, schon keinen entsprechenden Vortrag in den Tatsacheninstanzen an.

26 Folglich ist bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs nicht nur der bei den vom Berufungsgericht berücksichtigten 15 Neuwagenverkäufen (Nr. 253, 274, 288, 303, 322, 328, 330, 336, 364 - 366, 372 - 375) erzielte Umsatz, sondern zusätzlich auch der Umsatz aus dem unter der laufenden Nummer 307 aufgeführten Verkauf an den Kunden W. zu berücksichtigen. Es fehlt jedoch an Feststellungen in den Tatsacheninstanzen dazu, welchen Rohertrag die Klägerin aus diesem Geschäft erwirtschaftet hat. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Befassung mit der Sache Gelegenheit haben, diese Feststellungen nachzuholen.

27 3. Frei von Rechtsfehlern sind dagegen die grundsätzlichen Erwägungen des Berufungsgerichts zu den bei der analogen Anwendung des § 89b HGB berücksichtigungsfähigen Vergütungsbestandteilen.

28 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 - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - 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 (BGHZ 29, 83, 91; Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, WM 1996, 1962, unter B I 2 a aa, und VIII ZR 7/95, WM 1996, 1558, unter B I 1 a; vom 22. März 2006 - VIII ZR 173/04, WM 2006, 1403, Tz. 23; jeweils m.w.N.). 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 (vgl. etwa Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, aaO). 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. BGHZ aaO; Senatsurteile vom 5. Juni 1996, aaO und vom 22. März 2006, aaO; jeweils m.w.N.). Als nicht ausgleichspflichtig hat der Bundesgerichtshof den Teil des Händlerrabatts angesehen, durch den händlertypische Aufwendungen für die personelle und sächliche Ausstattung des Betriebs sowie für Werbung, Präsentation, Lagerhaltung und Vorführfahrzeuge abgegolten werden sollen (Senatsurteile vom 22. März 2006, aaO, Tz. 34, und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, aaO, unter B I 2 a aa; jeweils m.w.N.; vgl. ferner MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 89b Rdnr. 92; Horn ZIP 1988, 137, 146). Entsprechendes gilt für Gegenleistungen,

die der Händler für die Übernahme des Absatz-, des Lager-, des Preisschwankungs- und des Kreditrisikos erhält (BGHZ 29, aaO; Senatsurteile vom 5. Juni 1996, aaO, unter B I 1 a bzw. unter B I 2 a aa; vom 22. März 2006, aaO, Tz. 23).

29 b) Für die Herstellung einer Vergleichsbasis zwischen Händlerrabatt und Vertreterprovision stehen dem Tatrichter verschiedene Wege offen (Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 b, und vom 22. März 2006, aaO, Tz. 24). 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 (Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 b cc, und vom 22. März 2006, aaO, Tz. 25). 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 (Senatsurteile vom 22. März 2006, aaO, und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO). Aus dem individuellen Rohertrag sind dann diejenigen Vergütungsbestandteile herauszurechnen, die nicht handelsvertretertypisch, sondern händlertypisch sind (vgl. etwa Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 c; 2 b, c; VIII ZR 141/95, aaO; vom 22. März 2006, aaO, Tz. 27). 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" (vermittlungsfrem-

de) Tätigkeiten gezahlt würden (Senatsurteile vom 22. März 2006, aaO, Tz. 27, und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 2 a).

30 aa) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet. Da die Klägerin die konkreten Neuwagenverkaufsgeschäfte und die hierbei fallbezogen gewährten Zusatzleistungen gesondert aufgeführt hat, hat das Berufungsgericht zunächst den individuellen Rohertrag für das letzte Vertragsjahr ohne Einbeziehung solcher Zuschüsse ermittelt (vom Berufungsgericht als "Stammprovision" bezeichnet) und diesen dann um die von der Beklagten gewährten Zusatzleistungen erhöht, soweit sie von ihm nicht als Entgelt für händlertypische oder verwaltende Tätigkeiten eingeordnet wurden. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, die für die Gewährung von Boni nach den Bonusbedingungen der Beklagten zu erfüllenden Qualitätskriterien seien der verwaltenden Tätigkeit des Händlers zuzuordnen, ist dieser Einwand für den Streitfall ohne Bedeutung. Denn das Berufungsgericht hat bei der Ermittlung des Rohertrags der Klägerin keine derartigen Boni einbezogen, sondern sich nur mit der Berücksichtigungsfähigkeit der für 10 konkrete Neuwagenverkäufe außerhalb des Bonusprogramms gewährten Zusatzzahlungen befasst (Nr. 274, 288, 303, 328, 330, 365, 372 [2 x], 373, 374).

31 bb) 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.

32 Nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF ist zwar Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs, dass der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung

desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte. Entgegen der Auffassung der Revision ist hierfür aber nicht entscheidend, ob der Hersteller die vertragliche Verpflichtung übernommen hat, die zusätzlichen Vergünstigungen fortlaufend zu gewähren, und der Händler damit einen Rechtsanspruch auf diese Zusatzleistungen erworben hat. Die Provisionsverluste des Handelsvertreters bilden letztlich das wirtschaftliche Gegenstück zu dem - noch nicht abgegoltenen - Vermögenswert, der dem Unternehmer nach Vertragsbeendigung verbleibt (vgl. etwa Hopt, aaO, § 89b HGB Rdnr. 26). Für den Bestand und die Nachhaltigkeit der dem Unternehmer/Hersteller nach Beendigung der Geschäftsbeziehung verbleibenden Vorteile (gewonnene Stammkunden) ist es aber ohne Belang, ob diese aufgrund freiwilliger oder vertraglich geschuldeter Zusatzleistungen des Unternehmers/Herstellers geschaffen wurden. Umgekehrt macht es auch für den Handelsvertreter/Händler, der nach der Beendigung der Geschäftsbeziehung nicht mehr mit Zusatzvergütungen für handelsvertretertypische Tätigkeiten rechnen kann, wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied, ob diese vom Unternehmer/Hersteller aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder nur auf freiwilliger Basis gewährt wurden, der Handelsvertreter/Händler aber - beispielsweise aufgrund jahrelanger Übung (vgl. OLG Köln, VersR 2002, 437, 438; Urteil vom 23. Januar 2009 - 19 U 63/08, juris, Tz. 50) - berechtigterweise erwarten konnte, auch in Zukunft vergleichbare Leistungen zu erhalten. Denn in beiden Fällen sind diese Zusatzleistungen in die Preiskalkulation des Vertragshändlers eingeflossen und damit zum festen Bestandteil seines individuellen Rohertrags geworden. So liegen die Dinge hier. Die Klägerin konnte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts und des Landgerichts erwarten, in Zukunft vergleichbare Zusatzleistungen zu erhalten.

33 Diese Überlegungen werden bestätigt durch die bei der Auslegung des § 89b Abs. 1 HGB aF zu beachtenden Grundsätze, die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seiner Entscheidung vom 26. März 2009 (aaO) aufgestellt hat. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter (ABl. EG Nr. L 382 S. 17, im Folgenden: Handelsvertreterrichtlinie) dahin auszulegen ist, dass er nicht erlaubt, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Vertragsbeendigung zu begrenzen, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind (EuGH, Urteil vom 26. März 2009, aaO, Rdnr. 25). Die Provisionsverluste stellen nach Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der Handelsvertreterrichtlinie vielmehr nur einen von mehreren Gesichtpunkten im Rahmen der Billigkeitsprüfung dar (EuGH, aaO, Rdnr. 20). Diesen Vorgaben hat der Gesetzgeber inzwischen - für zukünftige Fälle - auch durch die Neufassung des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB Rechnung getragen (vgl. Art. 6a des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung vom 31. Juli 2009 - BGBl. I S. 2512). Dass im Rahmen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 89b HGB aF (vgl. hierzu Hopt, aaO, Rdnr. 24; Staub/Emde, HGB, 5. Aufl., vor § 84 Rdnr. 14; Thume in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 89b Rdnr. 78) dem Tatbestandsmerkmal "Verlust von Provisionsansprüchen infolge Vertragsbeendigung" keine eigenständige Bedeutung zuzubilligen ist, sondern es lediglich einen bei der Billigkeitsabwägung (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB aF) zu berücksichtigenden Aspekt darstellt, spricht ebenfalls dafür, die Bewertung von

Provisionsverlusten nicht nach rein rechtlichen Gesichtspunkten, sondern unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Gegebenheiten vorzunehmen.

34 4. Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der aus den berücksichtigungsfähigen Neuwagenverkäufen resultierende und ohne Einbeziehung von Zusatzleistungen ermittelte Rohertrag sei - mit Ausnahme von zwei Werbekostenzuschüssen und der in einem Fall gezahlten Leasing-Vermittlungsprovision - um Sonderzahlungen in sieben Fällen zu erhöhen. Bei diesen für sieben Neuwagengeschäfte im letzten Vertragsjahr gewährten Zusatzvergütungen mit einem Gesamtbetrag von 21.456 DM handelte es sich in vier Fällen um Großabnehmerzuschüsse (vom Berufungsgericht in zwei Fällen missverständlich als Verkaufsprämie und in einem weiteren Fall als Sondernachlass bezeichnet) und in zwei weiteren Verkaufsfällen um Gebrauchtwagenzuschüsse der Beklagten. Außerdem hat das Berufungsgericht einen Leasingzuschuss der ... Auto Leasing Deutschland GmbH in die Ausgleichsberechnung einfließen lassen. Dies hält nur hinsichtlich der Einbeziehung der beiden Gebrauchtwagenzuschüsse (= 5.290 DM) den Angriffen der Revision nicht stand.

35 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es sich bei den in den Neuwagengeschäften mit den Nummern 274, 328, 330, 374 gewährten Zusatzvergütungen von insgesamt 12.666 DM um Sonderleistungen handelt, die nicht für händlertypische Aufgaben erbracht wurden und daher ausgleichspflichtig sind. Trotz der vom Berufungsgericht gewählten Bezeichnung dieser vier Zuschüsse hat die Beklagte nach dem unstreitigen Parteivorbringen die geleisteten Sondervergütungen nicht nur im Verkaufsgeschäft Nr. 374, sondern in den weiteren drei Fällen zu Ausgleich dafür gezahlt, dass die Fahrzeuge an Großabnehmer veräußert wurden.

36 Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten sind solche zum Ausgleich für vom Händler gewährte Großabnehmernachlässe gezahlte Zuschüsse nicht als Entgelte für händlertypische Aufgaben einzuordnen. Zwar sind Preisnachlässe und Skonti, die der Händler unter Schmälerung seiner Handelsspanne seinen Kunden gewährt, händlertypisch (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I b cc, m.w.N.), weswegen nicht nur solche das Absatzrisiko verwirklichende Nachlässe, sondern auch Gegenleistungen des Herstellers hierfür bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs außer Betracht zu bleiben haben (BGHZ 29, 83, 91; Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, aaO, und vom 22. März 2006, aaO, Tz. 24 f.). Die vorliegend von der Klägerin gewährten Großabnehmernachlässe sind aber nicht im Rahmen eines von ihr vollständig übernommenen Absatzrisikos eingeräumt worden. Vielmehr hat sie hierbei der zwischen den Großabnehmern und der Beklagten getroffenen Rahmenvereinbarung und der gegenüber den Vertragshändlern geltenden "Richtlinie" der Beklagten über die Gewährung von Zuschüssen bei Verkäufen an "Großkunden mit Rahmenabkommen" Rechnung getragen. Nach dem unstreitigen Parteivorbringen übergibt die Beklagte dem betreffenden Großkunden Abrufscheine, die er bei einem autorisierten ... - Vertragshändler seiner Wahl bei Bestellung eines fabrikneuen Fahrzeugs vorzulegen hat. Legt der Kunde den Abrufschein beim ausgewählten Vertragshändler vor (vgl. hierzu Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B II 1 a), hat dieser, wenn er den Kunden für sich gewinnen will, den mit dem Abrufschein verbundenen Preisnachlass einzuräumen. Im Gegenzug kann er bei der Beklagten den in der "Richtlinie" genannten Zuschuss anfordern, den er zum festen Bestandteil seiner internen Preiskalkulation macht (zum letztgenannten Gesichtspunkt vgl. auch OLG Köln, VersR 2002, aaO; Urteil vom 23. Januar 2009, aaO, Tz. 49; vgl. ferner Staub/Emde, aaO, § 89b Rdnr. 132).

37 Angesichts dieser Abläufe sind die in der "Richtlinie" der Beklagten aufgeführten Rückvergütungen für "zuschussberechtigte" Fahrzeugverkäufe an Großkunden nicht dazu bestimmt, ein dem Händler aufgebürdetes Absatzrisiko auszugleichen, also Tätigkeiten des Vertragshändlers zu entgelten, die ein Handelsvertreter typischerweise nicht oder nicht ohne gesonderte Vergütung übernimmt, und die der Vertragshändler daher aus der ihm verbleibenden Handelsspanne decken muss (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 2 b). Sie stellen sich vielmehr bei lebensnaher Betrachtung als verkaufsfördernde Preisnachlässe des Herstellers an den Kunden dar. Mit ihnen wird der Vertragshändler darin bestärkt, die vom Hersteller bereits eingeleiteten, an bestimmte Konditionen gebundenen Absatzbemühungen zu Ende zu führen. In Höhe des vom Hersteller übernommenen Großabnehmerzuschusses wird letztlich das Absatzrisiko auf diesen verlagert. Der vom Hersteller getragene Teil des dem Kunden eingeräumten Preisnachlasses stellt damit kein Entgelt für eine händlertypische Leistung dar, sondern eine finanzielle Verkaufshilfe, die im Hinblick auf die Aufteilung des Absatzrisikos dazu führt, dass der Rohertrag des Händlers nicht in Höhe des vollen Preisnachlasses geschmälert wird (so im Ergebnis auch - allerdings ohne Differenzierung nach den einzelnen Arten der Zuschüsse - OLG Köln, VersR 2002, aaO; Urteil vom 23. Januar 2009, aaO, Tz. 49; Staub/Emde, aaO, Rdnr. 309 m.w.N.; vgl. ferner speziell zu Boni OLG München, Urteil vom 2. April 2008 - 7 U 5350/05, juris, Tz. 29 ff.). Dies führt dazu, dass zwar der dem Kunden eingeräumte Händlernachlass vom Rohausgleich vollständig in Abzug zu bringen ist, umgekehrt aber der Herstellerzuschuss hinzuzurechnen ist, so dass als Abzugsposten letztlich nur die Differenz zwischen Preisnachlass und Zuschuss verbleibt.

38 b) Auch die Berücksichtigung des von der ... Auto Leasing Deutschland GmbH erbrachten Leasing-Zuschusses (Verkaufsgeschäft Nr. 372) ist un-

bedenklich. Dabei bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen verkaufsfördernde Leistungen Dritter bei der Berechnung des Rohausgleichs zu berücksichtigen sind. Die Revision stellt nicht in Abrede, dass solche Zuschüsse von der Beklagten als Verkaufshilfen an Leasinggesellschaften gezahlt werden. Diesen soll die Möglichkeit eingeräumt werden, den Kunden günstigere Leasingraten anzubieten. Dadurch, dass die ... Auto Leasing Deutschland GmbH einen Teil des an sie geflossenen Zuschusses an die Klägerin weitergeleitet hat, wurde in dieser Höhe nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts der ihr von der Klägerin gewährte Rabatt und die hiermit verbundene Schmälerung des Händlerrohertrags teilweise ausgeglichen. Damit wurde auch in diesem Fall das Absatzrisiko auf verschiedene Unternehmen verteilt, so dass auch hier der weitergeleitete und von der Klägerin einkalkulierte Zuschuss nicht als Entgelt für händlertypische Aufgaben anzusehen ist.

39 c) Mit Recht beanstandet die Revision jedoch die Berücksichtigung der beiden Gebrauchtwagenzuschüsse ("Sondervergütung Gebrauchtfahrzeug") in Höhe von insgesamt 5.290 DM. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, es handele sich um eine Zusatzvergütung, die den mit der Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens verbundenen "versteckten" Rabatt des Händlers ausgleiche.

40 aa) Hiergegen wendet die Revision zwar ohne Erfolg ein, es handele sich insoweit um eine händlertypische Zusatzleistung, weil Handelsvertreter üblicherweise keine gebrauchte Ware in Zahlung nähmen. Denn das Berufungsgericht hat nicht die Inzahlungnahme an sich als maßgeblichen Gesichtspunkt für die Berücksichtigung des Gebrauchtwagenzuschusses angesehen, sondern den mit der Sonderzahlung bezweckten - verkaufsfördernden - Ausgleich des mit der Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens vom Händler gewährten "versteckten" Rabatts (Ansatz eines über dem Wert des gebrauchten Fahrzeugs

liegenden Preises). Soweit die Revision weiter rügt, diese Feststellungen beruhten auf einem von keiner Partei vorgetragenen Sachverhalt, trifft dies bei näherer Betrachtung nicht zu. Denn die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 30. April 2007 unwiderlegt vorgetragen, die Beklagte habe, um den Vertrieb der von ihr hergestellten Fahrzeuge zu forcieren, ihren Vertragshändlern Inzahlungnahme-Rabatte eingeräumt, wenn der Kunde - wie beim Kauf von Neuwagen üblich - sein Altfahrzeug habe eintauschen wollen. Diese Praxis hat sich - wie auch die Revision einräumt - deswegen herausgebildet, weil die von den Händlern beim Kauf von Neuwagen gewährten Inzahlungnahme-Preise häufig über den gängigen Marktpreisen liegen. Wenn die Beklagte zur Unterstützung dieser Vorgehensweise Zuschüsse zahlt, gleicht sie insoweit die hierin enthaltenen Preisnachlässe an die Kunden aus.

41 bb) Mit Recht macht die Revision jedoch geltend, das Berufungsgericht habe bei einer Einbeziehung der Gebrauchtwagenzuschüsse der Beklagten in die Ausgleichsberechnung folgerichtig die von der Klägerin den Kunden gewährten Preisnachlässe ("versteckte Rabatte") in Abzug bringen müssen. Insoweit gilt nichts anderes als bei den von der Beklagten beigesteuerten Großabnehmerzuschüssen. Rabatte, die ein Händler seinen Kunden gewährt, schmälern in voller Höhe den individuellen Rohertrag (vgl. etwa Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 b cc, m.w.N.). Sofern der Hersteller aber - wie hier - einen Teil des Absatzrisikos übernimmt, indem er dem Händler verkaufsfördernde Zuschüsse gewährt und dadurch erreicht, dass dessen Rohertrag nicht in Höhe des vollen Preisnachlasses geschmälert wird (vgl. hierzu auch ohne Differenzierung nach den einzelnen Arten der Zuschüsse: OLG Köln, VersR 2002, aaO; Urteil vom 23. Januar 2009, aaO; Staub/Emde, aaO, m.w.N.), sind diese Zuschüsse im Gegenzug dem Rohertrag hinzuzurechnen. Diesen Mechanismus hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Es hat zwar die Zuschusszahlungen der Beklagten in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs

einfließen lassen, jedoch versäumt, die vom Vertragshändler den Kunden eingeräumten Preisnachlässe ("versteckten Rabatte") abzuziehen. Ermittelte man nicht - gegebenenfalls im Wege der Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) - die Höhe dieser Rabatte und brächte diese nicht in Abzug, führte dies zu einem verfälschten Ergebnis. Denn dann würden zwar die zum Ausgleich der Rabatte gewährten Zusatzleistungen, nicht aber die - zu Lasten des Händlers gehenden - Rabatte selbst bei der Berechnung des Anspruchs nach § 89b HGB analog berücksichtigt. Zur Höhe der mit den zwei Inzahlungnahmen verbundenen "versteckten" Rabatte hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Dies wird es nachzuholen haben.

42 d) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht dagegen die im Verkaufsfall Nr. 365 von der A. AutoLeasing GmbH gezahlte Leasing-Vermittlungs-Provision in Höhe von 3.500 DM nicht in die Bemessung des Ausgleichsanspruchs einbezogen. Hiergegen wendet sich die Anschlussrevision der Klägerin mit der Begründung, bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien auch solche Leasingprovisionen zu berücksichtigen, die von nicht in den Konzernverbund der Beklagten eingegliederten Leasingunternehmen gezahlt würden, bei denen aber der Vertragshändler auf Veranlassung des Herstellers verpflichtet sei, der jeweiligen Leasinggesellschaft Rabatte einzuräumen. Dieser Einwand trägt schon deswegen nicht, weil die Anschlussrevision erstmals im Revisionsverfahren (§ 559 ZPO) vorbringt, die Beklagte unterhalte auch mit außerhalb ihres Konzernverbunds stehenden Leasinggesellschaften Vereinbarungen, die die Vertragshändler - ähnlich wie bei Großkunden - verpflichteten, Rabatte zu gewähren. Übergangenen Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen führt die Anschlussrevision hierzu nicht an.

43 5. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Annahme des Berufungsgerichts, der gesamte Rohertrag einschließlich der berücksichtigungsfähigen Zuschüsse

sei um händlertypische Bestandteile in Höhe von 29 % zu kürzen. Ohne Erfolg bleiben allerdings die Angriffe von Revision und Anschlussrevision, die sich allein gegen die Höhe der angesetzten Quote wenden. Während die Revision die vorgenommene Herabsetzung für zu gering erachtet, hält die Anschlussrevision dagegen gar keinen Abzug für gerechtfertigt. Die Berechnungsweise des Berufungsgerichts lässt aber keine Rechtsfehler erkennen, soweit es die abzugsfähigen händlertypischen Bestandteile mit 29 % bemessen hat. Soweit das Berufungsgericht allerdings diese Quote nicht nur vom reinen Rohertrag in Abzug gebracht hat, sondern vom Rohertrag einschließlich der von ihm rechtsfehlerfrei nicht als händlertypisch bewerteten Zusatzleistungen (Großabnehmer-, Gebrauchtwagen- und Leasingzuschüsse - siehe oben unter 4 a - c), sind seine Erwägungen nicht frei von Rechtsfehlern.

44 a) Wie bereits ausgeführt (vgl. oben unter 3 a), ist es zur Herstellung der Vergleichbarkeit von Vertreterprovisionen und Händlerrabatten notwendig, diejenigen Teile des Rabatts herauszurechnen, die der Vertragshändler aufgrund seiner vom Handelsvertreter abweichenden Stellung für Leistungen erhält, die der Handelsvertreter üblicherweise nicht zu erbringen hat. Außer Betracht zu bleiben haben damit Rabatte für händlertypische Aufwendungen des Vertragshändlers für die personelle und sächliche Ausstattung des Betriebs sowie für Werbung, Präsentation, Lagerhaltung und Vorführfahrzeuge (vgl. etwa Senatsurteile vom 22. März 2006, aaO, Tz. 34, und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, aaO, unter B I 2 a aa; jeweils m.w.N.). Entsprechendes gilt für Gegenleistungen, die der Händler für die Übernahme des Absatz-, Lager-, Preisschwankungs- und des Kreditrisikos erhält (BGHZ aaO; Senatsurteile vom 5. Juni 1996, aaO, unter B I 1 a bzw. unter B I 2 a aa; vom 22. März 2006, aaO, Tz. 23).

45 aa) Die Anschlussrevision wendet dagegen unter Bezugnahme auf Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen ein, die vom Berufungsgericht in Einklang mit der Rechtsprechung des Senats als händlertypisch bewerteten Aufgaben (Produktwerbung, Haltung von Vorführwagen, Unterhaltung von Ausstellungsräumen sowie Personalkosten für Verkäufer) seien nach den Handelsvertretervertriebssystemen der deutschen Automobilbranche auch von Handelsvertretern auf eigene Kosten wahrzunehmen, so dass es sich hierbei gerade nicht um händlertypische, sondern um werbende Tätigkeiten handele, für die auch ein Handelsvertreter Provision erhalte. Ein Abzug komme also nicht in Betracht.

46 Hierbei lässt die Anschlussrevision unberücksichtigt, dass sich der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 5. Juni 1996 (VIII ZR 141/95, aaO) mit der Einordnung der jetzt in Frage stehenden Zusatzrabatte befasst hat. In diesem - ebenfalls die Beklagte des vorliegenden Verfahrens betreffenden - Fall hat der Senat entschieden, dass die auch im dortigen Händlervertrag vorgesehenen Zusatzrabatte für Vorführwagen (2 %), Werbung (1 %), Ausstellungsraum (1 %) und Beschäftigung angestellter Verkäufer (1 %) Vergütungen für händlertypische Leistungen darstellen und daher bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht zu berücksichtigen sind. In einer weiteren Entscheidung vom 5. Juni 1996 (VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 b cc) hat der Senat darüber hinaus ausgeführt, dass Entgelte für händlertypische Aufgaben selbst dann nicht in die Bemessung des Ausgleichsanspruchs einzubeziehen sind, wenn sie von Handelsvertretern gegen zusätzliche Vergütungen übernommen werden. Denn in beiden Fällen handelt es sich nicht um Gegenleistungen für handelsvertretertypische Aufgaben. Selbst wenn also - wie von der Anschlussrevision geltend gemacht - auch in den Handelsvertretervertriebssystemen der Automobilbranche die Kosten für Vorführwagen, Werbung, Ausstellungsraum und Verkaufspersonal zu Lasten der Handelsvertreter gehen, ändert dies nichts daran, dass es sich dabei um Kosten des Absatzes handelt, die ein Handelsvertreter, wie

sich aus dem gesetzlichen Leitbild der §§ 84, 86a Abs. 1 HGB ergibt, typischerweise nicht zu tragen hat.

47 bb) Soweit sich die Anschlussrevision zur Untermauerung ihrer gegenteiligen Auffassung auf das Senatsurteil vom 6. August 1997 (VIII ZR 150/96, WM 1998, 31) und die darin zur Abgrenzung der werbenden und der verwaltenden Tätigkeit eines Tankstellenhalters aufgestellten Grundsätze beruft, verkennt sie die grundlegenden Besonderheiten im Tankstellengeschäft. Da dessen werbende Tätigkeit letztlich im Offenhalten der Tankstelle und im Bereitstellen der benötigten Waren besteht, sind dort Lagerhaltung und Auslieferung - anders als beim Kraftfahrzeug-Vertragshändler (vgl. Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 1 a) und anders als beim typischen Handelsvertreter - der werbenden Tätigkeit des Tankstellenhalters zuzurechnen (Senatsurteil vom 6. August 1997, aaO, unter B I 3 a bb). Es verbleibt daher bei der Herausrechnung der genannten Zusatzrabatte.

48 b) Auch die Quote von 29 % hat das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Revision - zutreffend bemessen. Es hat die in Abzug gebrachte Quote von 29 % dadurch errechnet, dass es die von der Klägerin nach dem Händlervertrag zu beanspruchenden Zusatzrabatte von 5 % (Vorführwagen bestand 2 %; Werbung 1 %; Ausstellungsraum 1 %; Beschäftigung geschulter Verkäufer 1 %) mit dem Gesamtrabatt von 17,5 % (12,5 % Grundrabatt zuzüglich 5 % Zusatzrabatte) ins Verhältnis gesetzt hat (5/17,5 x 100 = aufgerundet 29 %). Diese Vorgehensweise steht entgegen der Auffassung der Revision nicht im Widerspruch zum Senatsurteil vom 5. Juni 1996 (VIII ZR 141/95, aaO). Danach kann, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur der Grundrabatt in Höhe von 12,5 % der Händler-Netto-Preise zugrunde gelegt werden (VIII ZR 141/95 aaO, unter B I 2 a aa). 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.

49 c) Zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht die rechtsfehlerfrei ermittelte Quote von 29 % von dem Rohertrag der Klägerin einschließlich der Großabnehmer-, Gebrauchtwagen- und Leasingszuschüsse in Abzug gebracht hat. Denn bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs sind nur Entgeltleistungen, die für händlertypische Aufgaben gezahlt werden, außer Betracht zu lassen. Die genannten Zuschüsse sind aber - anders als die vom Händler gewährten Preisnachlässe selbst - nicht als händlertypisch einzuordnen. Wenn das Berufungsgericht nun den gesamten Rohertrag einschließlich der Zuschüsse um 29 % kürzt, setzt es sich damit in Widerspruch zu seiner rechtsfehlerfrei gewonnenen Auffassung, die genannten Zuschüsse seien gerade nicht als Entgelt für händlertypische Tätigkeiten gezahlt worden. Ein Abzug für händlertypische Aufgaben wäre bei diesen Zuschüssen daher nur gerechtfertigt, wenn und soweit mit ihnen auch händlertypische Leistungen (Werbung, Vorführwagen, Ausstellungsraum, Einsatz geschulter Verkäufer) abgegolten werden sollten. Dass auch in diesen Zusatzleistungen jeweils ein Anteil für händlertypische Leistungen enthalten ist, der dem Verhältnis der - konkreten Zwecken zugeordneten - Zusatzrabatte zum Gesamtrabatt (= 29 %) entspricht, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

50 6. 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 (vgl. Senatsurteile vom 22. März 2006, aaO, Tz. 27, und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 2 a). 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 (vgl. Senatsurteil vom 26. Februar 1997, aaO, unter C I 3, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt) auf 2,5 % der unverbindlichen Preisempfehlung zu den Mehrfachkunden-Geschäften geschätzt. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass in der von der Beklagten vorgelegten Musterrechnung aus dem Jahr 1996 auch Kostenanteile für werbende Tätigkeiten als Verwaltungskosten aufgeführt wurden.

51 7. Auch die Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs um 25 % aus Billigkeitsgründen lässt keine Rechtsfehler erkennen.

52 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. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Verkaufsbemühungen des Händlers in nicht unerheblichem Maße durch die von der Marke ausgehende Sogwirkung gefördert werden (Senatsurteile vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 4 a; vom 7. Mai 2003 - VIII ZR 263/02, NJW-RR 2003, 1340, unter III; jeweils m.w.N.; zur Höhe der Abzüge wegen der Sogwirkung der Marke - üblicherweise zwischen 10 und 25 % - vgl. auch Senatsurteil vom 22. März 2006, aaO, Tz. 35; OLG Köln, Urteil vom 23. Januar 2009, aaO, Tz. 81; OLG München, aaO, Tz. 58 m.w.N.; Staub/Emde, aaO, § 89b Rdnr. 312 m.w.N.). Die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Händlers und Sogwirkung der Marke gehört zum Kernbereich tatrichterlichen Schätzungsermes-

sens (Senatsurteile vom 26. Februar 1997, aaO, unter C I 4, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt, und vom 22. März 2006, aaO; jeweils m.w.N.). Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter ausreichende Feststellungen zu den für seine Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat (Senatsurteile vom 12. September 2007, aaO, Tz. 54, und vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 123/04, NJW-RR 2005, 1157, unter II 2, m.w.N.). Das ist hier der Fall.

53 Die Revision, die einen Abzug von 70 % für gerechtfertigt hält, macht dem Berufungsgericht zunächst zum Vorwurf, dieses sei fehlerhaft davon ausgegangen, der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 2. Juli 1987 (I ZR 188/85, NJW-RR 1988, 42, unter II B 1 c) einen Abschlag von 25 % als "Regelwert" für den Markeneinfluss aufgestellt. Dies trifft bei näherer Betrachtung nicht zu. Zwar hat das Berufungsgericht in der Tat den - so nicht zutreffenden - Begriff "Regelwert" gebraucht, es hat damit aber nur zum Ausdruck gebracht, dass es diesen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang als höchsten Abschlag für die Sogwirkung einer Marke anerkannten Wert zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen gemacht hat. Das Berufungsgericht war entgegen der Auffassung der Revision auch nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten zum Umfang der Sogwirkung der Marke einzuholen. Die Beklagte hat zwar in den Tatsacheninstanzen mehrere Meinungsforschungsgutachten vorgelegt, die bereits vom Landgericht, das ebenfalls nur einen Billigkeitsabschlag von 25 % vorgenommen hat, eingehend gewürdigt worden sind. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser Umstände ebenfalls einen Billigkeitsabschlag für die Sogwirkung der Marke in Höhe von nicht mehr als 25 % für angemessen erachtet hat, hält sich dies innerhalb des ihm eingeräumten weiten tatrichterlichen Ermessensspielraums (zum Ermessenspielraum vgl. etwa Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, unter B I 4 a).

54 Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch einen über 25 % hinausgehenden Abzug im Hinblick auf die übernommene Vertretung einer anderen Fahrzeugmarke unmittelbar nach Vertragsende (vgl. dazu Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 7/95, aaO, B I 4 a und B II 4) und den Betrieb einer ... - Vertragswerkstatt ab 1. Januar 2004 abgelehnt. Dass das Berufungsgericht die Vergleichbarkeit der Marken ... und T. und einen bei der Klägerin nach Vertragsbeendigung verbliebenen Vorteil verneint hat, hält sich im Rahmen vertretbarer tatrichterlicher Würdigung.

III.

55 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen ("versteckte" Rabatte durch die Inzahlungnahme von Gebrauchtfahrzeugen in den zwei Fällen, in denen die Beklagte Gebrauchtwagenzuschüsse gezahlt hat; Rohertrag aus dem unter der laufenden Nummer 307 aufgeführten Verkauf; Anteile für händlertypische Leistungen

der Klägerin bei den Zuschüssen der Beklagten) getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Milger Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 23.06.2006 - 3/14 O 163/04 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 11.12.2007 - 5 U 115/06 -