

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 90/96

Verkündet am:
6. August 1997
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

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

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden die Urteile des Kartellsenats des Kammergerichts vom 20. Dezember 1995 und der Kammer für Handelssachen 97 des Landgerichts Berlin vom 30. November 1992 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 147.741,72 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 24. September 1990 und weiteren 3 % Zinsen seit dem 12. Juni 1992 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Klägers und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 13/100 und die Beklagte zu 87/100.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb seit 1969 eine in der H. straße in Berlin-Spandau gelegene Tankstelle der Beklagten, zu der auch ein sogenannter Shop gehörte. Der Geschäftsbeziehung der Parteien lag ein Großtankstellenverwaltervertrag von 1968/69, zuletzt in der Fassung vom 10./15. Dezember 1980, zugrunde, nach der dem Kläger die Lagerung und als Handelsvertreter der Verkauf von Kraftstoffen und Motorenölen der Beklagten in deren Namen und für deren Rechnung sowie die Ausführung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte und die Einziehung der Verkaufserlöse oblag. Den Shop bewirtschaftete er in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Nachdem die Beklagte die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses zum 31. Dezember 1990 ausgesprochen hatte, räumte der Kläger im Einvernehmen mit der Beklagten am 23. September 1990 die Tankstelle, die danach wegen eines umfangreichen Umbaus mehrere Monate geschlossen blieb. Im vorliegenden Rechtsstreit macht er Ausgleich gemäß § 89 b HGB geltend.

Für das Geschäft mit Kraftstoffen und Motorenölen erhielt der Kläger im letzten Vertragsjahr eine Provision von 115.464,72 DM netto. Seine durchschnittliche Jahresprovision betrug 139.598 DM netto. Er hat die Auffassung vertreten, Ausgleich sei ihm auch für seine Umsätze im Eigen-(Shop-)Geschäft zu gewähren. Dabei sei von einer "Quasi-Provision" von 5 % des Nettoeinkaufspreises der verkauften Waren (16.061 DM) auszugehen.



Der Kläger hat behauptet, Provision sei ihm ausschließlich für werbende Tätigkeit gezahlt worden; seine verwaltende Tätigkeit sei zum einen bei der Pacht für die Tankstelle berücksichtigt worden, zum anderen habe die Beklagte ihm einen jährlichen Verwaltungskostenbeitrag von 100 DM bezahlt. Zur Vermeidung einer Beweisaufnahme hat er jedoch einen Provisionsanteil von 10 % für Verwaltungstätigkeiten zugestanden. Auf der Grundlage einer Repräsentativbefragung der ARAL AG, nach der 62 % der Autofahrer ihren Bedarf nur an einer einzigen und weitere 22 % an zwei oder drei Tankstellen decken, hat er weiter behauptet, von seinen Kunden seien 25 % Stammkunden gewesen, auf die 90 % seines Umsatzes entfallen seien. Der Abwanderungsverlust sei im ersten Jahr nach der Vertragsbeendigung lediglich mit 10 %, im zweiten bis vierten Jahr mit je 20 % und im fünften Nachvertragsjahr mit restlichen 10 % zu bemessen, so daß sich für einen fünfjährigen Prognosezeitraum ein Provisionsverlust von 250 % ergebe.

Insgesamt hat der Kläger unter Berücksichtigung der Kappungsgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB und einer von der Beklagten bereits geleisteten Zahlung von 11.400 DM weiteren Ausgleich in Höhe von 170.219 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 24. September 1990 und zusätzlicher 3 % Zinsen seit dem 12. Juni 1992 gefordert. Die Beklagte hat die Höhe des geltend gemachten Ausgleichs beanstandet und unter anderem eingewandt, der Kläger habe zu 77 % verwaltende Tätigkeit ausgeübt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 113.959,72 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 24. September 1990

verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Auf die Berufungen beider Parteien hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert, die Beklagte unter Klageabweisung im übrigen zur Zahlung von 39.024,59 DM nebst Zinsen in Höhe von 5 % seit dem 24. September 1990 sowie von weiteren 3 % seit dem 12. Juni 1992 verurteilt und die weitergehenden Berufungen zurückgewiesen. Mit seiner dagegen gerichteten Revision verfolgt der Kläger die Klageforderung in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Unstreitig stehe dem Kläger für seine Tätigkeit als Handelsvertreter dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB zu. Grundlage für die Berechnung der Höhe des Anspruchs sei die letzte Jahresprovision im Treib- und Schmierstoffgeschäft von 115.464,72 DM.

Davon sei der Teil abzusetzen, den der Kläger nicht für werbende, sondern für verwaltende Tätigkeiten erhalten habe. Dieser sei gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf 50 % zu schätzen.

Da in § 6 Abs. 1 des dem Rechtsverhältnis der Parteien zugrunde liegenden Großtankstellenvertrages die Provision als Vergütung "für alle durch diesen Vertrag übernommenen

Leistungen und Risiken" gekennzeichnet und als vertraglich geschuldete Leistungen eingangs die nicht eigentlich handelsvertretertypischen Aufgaben der Lagerung, der Ausführung der abgeschlossenen Geschäfte und der Einziehung der Verkaufserlöse genannt seien, sei davon auszugehen, daß die Provision nicht ausschließlich als Vergütung für die werbende Tätigkeit festgelegt worden sei. Die Parteien hätten jedoch vertraglich nichts darüber bestimmt, wie sie aufzuteilen sei.

Mangels anderweitiger Erkenntnismöglichkeiten sei das Gericht auf eine Schätzung des Provisionsanteils für verwaltende Tätigkeiten nach freiem Ermessen angewiesen. Eine Orientierung an dem auf die jeweiligen Bereiche entfallenden zeitlichen Aufwand verspreche keine sachgerechten Ergebnisse, weil zwar die verwaltende Tätigkeit in Gestalt der Präsenz und der zeitlichen Beanspruchung des Personals meßbar sei, sich aber der Wert der werbenden Tätigkeit als Ergebnis der Einsatzbereitschaft des Tankstellenhalters nur langfristig in Form des beständigen Kundenzuspruchs auswirke. Weder die vom Gericht angeordnete Begutachtung durch den Sachverständigen Professor G. noch das von den Parteien in den Rechtsstreit eingeführte Gutachten des Sachverständigen Dr. R. hätten verwertbare Ergebnisse für eine Erfassung des Verwaltungsanteils erbracht.

Verwaltende und werbende Tätigkeiten durchdrängen und ergänzten sich wechselseitig zu einem Sinn Ganzen, was sie als gleichgewichtig erscheinen lasse. Für den wesentlichen Teil des Agenturgeschäfts, den Verkauf der Treib- und Schmierstoffe, fielen an verwaltenden Tätigkeiten deren La-

gerung und Abgabe sowie das Inkasso an. Die Position Lagerung könne vernachlässigt werden, weil der mit ihr verbundene Aufwand geringfügig erscheine. Für die beiden anderen verwaltenden Aufgaben müsse dagegen über die gesamte Dauer der Öffnungszeiten Personal bereitgestellt werden. Die werbende Tätigkeit des Tankstellen-Handelsvertreters liege demgegenüber im wesentlichen darin, durch atmosphärische Einflüsse wie freundliche, schnelle und vertrauenerweckende Bedienung Anreize gegenüber den Kunden zu schaffen, ihren Bedarf weiterhin an "seiner" Tankstelle zu decken.

Von dem Provisionsanteil für werbende Tätigkeit sei für die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs weiter nur derjenige Teil zu berücksichtigen, den der Kläger für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten habe. Sein Stammkundenumsatzanteil sei insgesamt gemäß § 287 ZPO auf 67 % zu schätzen, von denen wiederum 67 % auf geworbenen Stammkunden entfielen.

Rechnerisch exakte Feststellungen dazu ließen sich nicht treffen. Die Rechenoperationen, mit denen der Kläger einen Stammkundenanteil von 25 % und einen Stammkundenprovisionsanteil von 90 % errechne, seien widersprüchlich und führten zudem bei Stammkundenanteilen, wie sie die ARAL-Information angebe, zu Stammkundenumsatzanteilen von mehr als 100 %. Auf 62 % Stammkunden und 38 % Laufkunden müßten vielmehr bei gleichen Tankmengen zwangsläufig auch entsprechende Umsatzanteile entfallen.

Bei der Würdigung der Repräsentativbefragung der ARAL-AG gemäß § 286 ZPO sei zu berücksichtigen, daß sich aus dem

Umstand, daß 62 % der Befragten nur an einer einzigen Tankstelle tankten, noch nicht zwingend ein entsprechend hoher Stammkundenanteil an jeder Tankstelle in Deutschland ergebe. Der Stammkundenanteil hänge darüber hinaus von der Interpretation des weiteren Befragungsergebnisses ab, wonach 22 % der Autofahrer zwei oder drei Tankstellen ständig benutzten.

Die Frage brauche jedoch nicht abschließend beurteilt zu werden. Das Gericht könne von den Ergebnissen zweier Kundenbefragungen ausgehen, die in einer von ihm entschiedenen Parallelsache an einer der Tankstelle des Klägers vergleichbar gelegenen anderen Tankstelle in Berlin durchgeführt worden seien. Als Stammkunden anzusehen seien diejenigen Kunden, die angegeben hätten, regelmäßig oder manchmal, jedenfalls aber wöchentlich an dieser Tankstelle zu tanken. Bei der ersten Befragung im Dezember 1989 seien dies knapp 80 % und bei der zweiten Befragung im Mai 1990 rund 66 % der Kunden gewesen. Den Befragungsergebnissen komme ein hoher Indizwert für den tatsächlichen Stammkundenanteil zu, zumal sie dem Ergebnis der bundesweiten ARAL-Umfrage nahekämen..

Die verhältnismäßig deutliche Abschmelzung des Stammkundenanteils zwischen der ersten und der zweiten Befragung erscheine auch für die Tankstelle des Klägers plausibel. Es sei anzunehmen, daß er nach dem Fall der Berliner Mauer mehr und mehr von Laufkunden aus dem westlichen Berliner Umland profitiert habe. Das zweite Befragungsergebnis gebe daher die Verhältnisse bei Beendigung des Vertragsverhältnisses mit weitaus höherer Wahrscheinlichkeit realistisch

wieder als das erste. Aus diesem Grund sei der Stammkundenanteil des Klägers bei Vertragsbeendigung auf zwei Drittel, aufgerundet 67 %, zu schätzen.

Geworben habe der Tankstellenhalter Stammkunden zwar schon dann, wenn seine Tätigkeit nur mitursächlich dafür gewesen sei, daß sich der Kunde für seine Tankstelle als Stammtankstelle entschieden habe. Dafür genüge es, daß für die Wahl des Kunden zumindest auch das Serviceangebot ausschlaggebend gewesen sei. Beruhe seine Wahl aber ausschließlich auf der Lage, der Marke, den - im Tankstellenvertrag vereinbarten - Öffnungszeiten der Tankstelle oder dem Preis, sei die Werbetätigkeit des Pächters in keiner Weise mitursächlich geworden. Nicht berücksichtigt werden könnten auch die nach dem Wechsel des Tankstellenhalters weggebliebenen Stammkunden, weil der Kläger sie nicht wirklich dauerhaft geworben habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien ausgehend von diesen Kriterien etwa zwei Drittel seiner Stammkunden als von ihm geworben anzusehen.

Der danach verbleibende Provisionsanteil des letzten Vertragsjahres sei zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs für einen Prognosezeitraum von vier Jahren anzusetzen, wobei ein jährlicher Abwanderungsverlust von 20 % zu berücksichtigen sei, so daß sich ein Provisionsverlust von insgesamt 200 % (80 % + 60 % + 40 % + 20 %) ergebe. Dieser sei mit 8 %, dem im Prognosezeitraum zu erwartenden Anlagezins, abzuzinsen.

Hinsichtlich des Eigengeschäfts (Shop-Verkauf) stehe dem Kläger ein Ausgleichsanspruch nicht zu. Es sei bereits

nicht substantiiert dargelegt, daß die vertraglichen Verhältnisse im Shopgeschäft dem Handelsvertreterverhältnis so weit angenähert gewesen seien, daß eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB geboten sei. Insbesondere fehle es an hinreichendem Vortrag dazu, daß der Kläger als Eigenhändler in die Absatzorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen sei und dieser bei Vertragsende seinen Kundestamm übertragen habe. Im übrigen reiche der Vortrag des Klägers auch nicht aus, um eine Berechnung der möglicherweise der Beklagten verbliebenen Vorteile vorzunehmen.

Insgesamt errechne sich der dem Kläger zustehende Ausgleichsanspruch daher wie folgt:

letzte Jahresprovision	115.464,72 DM
werbender Anteil 50 %	57.732,36 DM
Stammkunden insgesamt 67 %	38.680,68 DM
davon geworben 67 %	25.916,05 DM
Provisionsverluste insgesamt 200 %	51.832,10 DM
Barwert nach Abzinsung	44.232,10 DM
14 % MWSt.	<u>6.192,49 DM</u>
insgesamt	50.424,59 DM
abzüglich bereits geleisteter	
Zahlung in Höhe von	<u>11.400,00 DM</u>
	39.024,59 DM.

B. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

I. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, daß der Kläger wegen seiner Tätigkeit als Handelsvertreter im Treib- und Schmierstoffgeschäft gemäß § 89 b HGB dem Grunde nach ausgleichsberechtigt ist und daß der Berechnung der Höhe des Anspruchs die ihm für diese Tätigkeit im letzten Vertragsjahr gezahlte Provision zugrunde zu legen ist.

1. Das Berufungsgericht ist auch im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (für den Tankstellenhandelsvertreter: BGH, Urteile vom 15. November 1984 - I ZR 79/82 = NJW 1985, 860 unter II 4 und vom 28. April 1988 - I ZR 66/87 = WM 1988, 1024 unter II 2) nur solche Provisionen und Provisionsanteile zu berücksichtigen sind, die der Handelsvertreter für werbende (vermittelnde, abschließende) Maßnahmen und nicht für verwaltende Tätigkeiten erhalten hat. Die Bestimmung des Anteils der für verwaltende Tätigkeit gezahlten Provision ist jedoch nicht rechtsfehlerfrei erfolgt.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sollten gemäß § 6 Abs. 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Großtankstellenvertrages mit den Provisionen für Treibstoffe und Motorenöle alle vom Kläger "durch diesen Vertrag übernommenen Leistungen und Risiken" abgegolten werden, ohne daß sich dem Vertrag entnehmen läßt, welche Provisionsanteile die Parteien zur Abgeltung der werbenden Tätigkeit des Klägers und welche sie zur Abgeltung verwaltender Aufgaben vorgesehen haben. Mangels anderer Anhaltspunkte ist deshalb davon auszugehen, daß nach ihrer Vorstellung die

Provisionsanteile dem tatsächlichen Verhältnis beider entsprechen sollten.

b) Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage der Rechtsprechung des früher für Rechtsstreitigkeiten über die Vertragsverhältnisse der Handelsvertreter zuständigen I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 15. November 1984 aaO unter II 4 und vom 28. April 1988 aaO unter II 2) angenommen, die dem Kläger obliegende Lagerung und Abgabe der Treib- und Schmierstoffe sowie das Inkasso seien insgesamt der verwaltenden Tätigkeit zuzurechnen. Dieser Ansicht vermag sich der Senat für das Tankstellengeschäft - anders als z.B. für den Kraftfahrzeug-Vertragshändler - allenfalls im Hinblick auf das Inkasso anzuschließen.

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

für seine auf Schaffung des Kundenstamms gerichteten Bemühungen erhält.

Dabei verbietet sich eine schematisierende Einordnung ohne Rücksicht auf die Besonderheiten der jeweils betroffenen Vertriebssparte. Ein Tankstellenhalter, der keine Lagerhaltung und keine Auslieferung betreibt, kann keinen Kundenstamm schaffen. Kein Kunde würde allein die Vermittlungstätigkeit des Tankstellenhalters in Anspruch nehmen; im Vordergrund steht vielmehr die sofortige Verfügbarkeit der gewünschten Kraftstoffmenge, die nur durch Lagerhaltung und Auslieferung an der Tankstelle gewährleistet werden kann.

c) Unabhängig von der Einordnung der Lagerung und Abgabe der Treib- und Schmierstoffe als verwaltende oder als werbende Tätigkeit läßt sich nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts tatsächlich nicht weiter aufklären, in welchem Verhältnis die Provisionsanteile für verwaltende und für werbende Tätigkeiten zueinander stehen. Die Revision rügt zu Recht, daß in diesem Fall das Berufungsgericht die Anteile nicht gemäß § 287 ZPO hätte schätzen dürfen, sondern eine Beweislastentscheidung zulasten der Beklagten hätte treffen müssen, die für den von ihr behaupteten, gegenüber dem Vortrag des Klägers höheren Verwaltungsanteil die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 28. April 1988 aaO unter II 2 b; zum Vertragshändlerverhältnis: Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95 = WM 1996, 1962 unter B I 2 a bb). Eine Schätzung nach § 287 ZPO kommt allenfalls dort in Betracht, wo die Beweisaufnahme zwar kein klares Ergebnis,

aber doch deutliche Anhaltspunkte für die Beantwortung der Beweisfrage geliefert hat. Mit der Einräumung der Befugnis zur Schätzung nimmt das Gesetz zwar in Kauf, daß deren Ergebnis mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; die Schätzung soll allerdings möglichst nahe an diese heranzuführen. Sie scheidet deshalb aus, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (BGHZ 91, 243, 257; BGH, Urteil vom 16. November 1989 - I ZR 15/88 = BGHR ZPO § 287 Mindestschaden 1; Urteil vom 12. Oktober 1993 - X ZR 65/92 = NJW 1994, 663 unter II 2 c bb). Der Tatrichter darf nicht willkürlich schätzen, sondern muß für die Überzeugung, die er sich bildet, gesicherte Grundlagen haben (BGH, Urteil vom 30. Mai 1995 - X ZR 54/93 = BGHR ZPO § 287 Lizenzgebühr 1). Daran fehlt es hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts.

2. Das Berufungsgericht ist weiter im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 42, 244, 247; Urteil vom 29. November 1984 - I ZR 149/82 = BB 1985, 353 unter III) zur Berechnung des Ausgleichsbetrages von dem Provisionsanteil für werbende Tätigkeit wegen der besonderen Fluktuation des Kundenkreises beim Tankstellenbetrieb nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne von § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht. Die Revision rügt jedoch zu Recht, daß die Bestimmung des Stammkundenumsatzanteils im vorliegenden Fall von Rechtsfehlern beeinflusst ist. Zwar unterliegt eine Schätzung, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat,

nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Revisionsrechtlich überprüfbar ist es aber, ob der Tatrichter wesentliche Bemessungsfaktoren außer acht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (BGHZ 92, 84, 86 f; 102, 322, 330; BGH, Urteil vom 28. April 1992 - VI ZR 360/91 = NJW-RR 1992, 1050 unter II 2 c; Urteil vom 18. Februar 1993 - III ZR 23/92 = NJW-RR 1993, 795 unter II 2). Das ist hier der Fall.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 42, 244, 247; Urteil vom 29. November 1984 aaO) ist die "Stammkundschaft" von der übrigen "unzuverlässigen, nicht zu erfassenden Kundschaft", der nur gelegentlich abschließenden "Laufkundschaft", abzugrenzen. Sie läßt allerdings offen, wann und wodurch aus einem gelegentlichen Laufkunden ein Stammkunde wird. Beim Autokauf (Senatsurteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95 = NJW 1997, 1503 unter C I 1) und beim Kauf von Gabelstaplern (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - I ZR 142/89 = WM 1991, 1513 unter III 4) begründet schon ein Zweitkauf die Stammkundeneigenschaft; der Kunde eines Reisebüros wird dagegen nach der Rechtsprechung erst durch eine größere Zahl von Folgegeschäften zum Stammkunden (BGH, Urteil vom 28. März 1974 - VII ZR 18/73 = NJW 1974, 1242 unter I 2 und 3).

Der Senat ist der Auffassung, daß als Stammkunden alle Mehrfachkunden anzusehen sind, das heißt diejenigen Kunden, die in einem überschaubaren Zeitraum, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (Senatsurteil vom

26. Februar 1997 aaO unter C I 1 a für das Vertragshändlerverhältnis; Semmler, Die Rechtsstellung des Tankstellenhalters zwischen Handelsvertreter und Vertragshändler, 1995, S. 160 f; Jürgen A.E. Meyer, BB 1970, 780, 781; ders., Handelsvertreterrecht 1978 S. 237 f.; Matthies, DB 1986, 2061). Sinn und Zweck des § 89 b HGB ist es, dem Handelsvertreter einen Ausgleich für den Verlust solcher Provisionen zu verschaffen, die er zukünftig verdient hätte, wenn das Handelsvertreterverhältnis nicht beendet worden wäre. Die Höhe dieser Provisionen ist durch eine Prognose zu ermitteln, in die alle Geschäfte einzubeziehen sind, die der Unternehmer während des Prognosezeitraums voraussichtlich mit Kunden abschließen wird, die der Handelsvertreter als solche geworben hat. Welche Anzahl von Folgegeschäften auf einen einzelnen Kunden entfällt, ist dafür unerheblich.

Auch der Wortlaut des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB, insbesondere das Tatbestandsmerkmal "erhebliche Vorteile", rechtfertigt es nicht, die Prognose auf solche Kunden zu beschränken, die mehr als nur gelegentliche Folgegeschäfte mit dem Unternehmer abschließen werden. Die Erheblichkeit des Unternehmervorteils richtet sich nach Umfang und erwarteter Beständigkeit des vermittelten Neugeschäfts, nicht nach dessen Verhältnis zum Gesamtgeschäft des Unternehmers (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 aaO unter III 4; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 89 b Rdnr. 30; Hopt, HGB, 29. Aufl., § 89 b Rdnr. 15; MünchKommHGB/v.Höyningen-Huene, § 89 b Rdnr. 80).

b) Den sich daraus ergebenden Stammkundenbegriff hat das Berufungsgericht verkannt, soweit es bei Auswertung der

Ergebnisse der beiden Kundenbefragungen aus der Parallelsache als Stammkunden nur solche Kunden angesehen hat, die angegeben haben, mindestens wöchentlich an der betreffenden Tankstelle zu tanken. Die Revision rügt zu Recht, daß zu den Stammkunden auch diejenigen Kunden gehören, die in größeren Abständen, aber dennoch wiederholt dieselbe Tankstelle aufsuchen, weil auch sie Mehrfachkunden im oben (unter a) dargestellten Sinne sind. Berücksichtigt man alle Kunden, die bei den vom Berufungsgericht verwerteten Befragungen angegeben haben, an der betreffende Tankstelle wenigstens monatlich zu tanken, so ergibt sich selbst aufgrund der zweiten Befragung von Mai 1990 ein Stammkundenanteil von 97 %.

c) Mit Erfolg beanstandet die Revision ferner die Vorbehalte des Berufungsgerichts gegen eine Berücksichtigung der Ergebnisse der Repräsentativbefragung der ARAL-AG. Unabhängig davon, daß sich aus der ARAL-Umfrage keine statistisch sichere Aussage für einzelne Großstädte und den Kundenkreis einer einzelnen Tankstelle ableiten läßt, kommt sie jedenfalls als Grundlage einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO in Betracht. Im anonymen Massengeschäft einer großstädtischen Selbstbedienungstankstelle drängt es sich geradezu auf, die für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs erforderlichen Daten nach Möglichkeit durch die Verwertung vorhandenen statistischen Materials zu gewinnen, anstatt in jedem Einzelfall zeit- und kostenaufwendige Erhebungen durchzuführen und durch umfangreiche Beweisaufnahmen nachzuvollziehen, deren Aussagekraft im Vergleich zu professionell durchgeführten statistischen Untersuchungen

eher zweifelhaft ist. Für andere Sparten des Handelsvertretervertriebs hat der Bundesgerichtshof bereits wiederholt die Verwendung statistischen Materials als Schätzgrundlage im Rahmen der Umsatzprognose nach § 89 b HGB gebilligt (BGHZ 34, 310, 319; 59, 125, 130 - Bausparkassenvertreter; Urteil vom 4. Juni 1975 - I ZR 130/73 = WM 1975, 931 unter II - Lottoannahmestelle; Senatsurteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 54/95 = WM 1996, 1817 unter III 2 - Versicherungsvertreter).

Aus der ARAL-Information ergibt sich ein Stammkundenanteil von insgesamt 84 %, weil es sich bei den 22 % der Kunden, die zwei oder drei Stammtankstellen haben, um Mehrfachkunden und deshalb nach dem oben (unter a) Ausgeführten ebenfalls um Stammkunden handelt.

d) Erfolgreich ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise den Stammkundenanteil mit dem Stammkundenumsatzanteil gleichgesetzt. Es ist davon ausgegangen, daß auf einen bestimmten Anteil an Stammkunden und einen bestimmten Anteil an Laufkunden - gleiche Tankmengen unterstellt - auch entsprechende Umsatzanteile entfallen. Dabei hat das Berufungsgericht übersehen, daß gerade, wenn man gleiche Tankmengen pro Tankvorgang unterstellt, der auf einen einzelnen Stammkunden entfallende Jahresumsatz größer sein muß als der auf einen einzelnen Laufkunden entfallende, weil der Stammkunde sich dadurch auszeichnet, daß er pro Zeiteinheit häufiger tankt als der Laufkunde.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist deshalb auch der Vortrag des Klägers zu einem Stammkundenumsatzanteil von 90 % bei einem Stammkundenanteil von nur 25 % nicht widersprüchlich, wie die Revision zu Recht geltend macht. Die Berechnungsweise des Klägers führt nicht etwa auf der Grundlage der Stammkundenzahlen der Repräsentativbefragung der ARAL-AG zu Umsatzanteilen von über 100 %, wie das Berufungsgericht meint. Nach seinen Feststellungen ist zwischen den Parteien unstreitig, daß Autofahrer im statistischen Durchschnitt etwa 36 mal im Jahr rund 30 l Kraftstoff tanken. Geht man davon aus, daß die 62 % der Kunden, die nach der ARAL-Studie nur eine Stammtankstelle haben, alle 36 Tankvorgänge im Jahr an der Tankstelle des Klägers durchführen und daß die 22 % der Kunden, die zwei oder drei Stammtankstellen haben, wenigstens jedes dritte, also 12 mal im Jahr beim Kläger tanken, so ergibt sich daraus ein Stammkundenumsatzanteil von 93,4 %, selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, daß von den verbleibenden 16 % Tankkunden jeder 11 Tankfüllungen jährlich und damit deutlich mehr als ein Laufkunde an der Tankstelle des Klägers vornimmt.

e) Zu Recht beanstandet die Revision weiter die Unterscheidung des Berufungsgerichts zwischen geworbenen und nicht geworbenen Stammkunden.

aa) Zwar sind gemäß § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs von den Stammkundenbeziehungen nur Geschäftsverbindungen mit solchen Kunden zu berücksichtigen, die von dem Handelsvertreter (neu) geworben worden sind. Dafür genügt aber eine bloße Mitursäch-

lichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29. November 1984 aaO unter II 1 und 2) bei einer Selbstbedienungstankstelle schon dann gegeben ist, wenn der Tankstellenhalter die Tankstelle offen und die Vorrichtungen zur Abgabe von Kraftstoffen betriebsbereit hält. Diese Tätigkeit ist für das Zustandekommen einer Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmer unerlässlich, selbst wenn ein Kunde die Tankstelle zunächst allein der Lage, der Marke oder des Preises wegen aufsucht. Auf welche Motive die Entscheidung des Kunden für eine Stammtankstelle zurückgeht, ist deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unerheblich.

bb) Soweit das Berufungsgericht bei der Ermittlung der geworbenen Stammkunden auch solche Kunden unberücksichtigt lassen will, die nach Beendigung der Tätigkeit des Klägers weggeblieben sind, entspricht seine Auffassung zwar der Rechtsprechung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 15. November 1984 aaO unter II 3; Urteil vom 28. April 1988 aaO unter II 1 b), nach der Kunden, die bei Ausscheiden eines Tankstellenhalters die Tankstelle wechseln, obwohl der Service des Nachfolgers objektiv nicht schlechter ist, nicht als Stammkunden angesehen werden können. Dieser Rechtsprechung liegt die Annahme zugrunde, bei der Prognose nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HGB sei auch die nach Beendigung des Vertrages bis zur Entscheidung des Tatrichters eingetretene tatsächliche Entwicklung der Geschäftsbeziehungen zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 28. Januar 1965 - VII ZR 120/63 = LM § 89 b HGB Nr. 24 unter A I 5 b bb; BGHZ 56, 242, 246; BGH, Urteil vom 31. Ja-

nuar 1991 aaO unter III 3 a; ebenso Küstner/v. Manteuffel/Evers, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 6. Aufl., Rdnr. 1474; MünchKommHGB/v.Hoyningen-Huene, § 89 b Rdnr. 81). Dem vermag sich der erkennende Senat jedoch nicht uneingeschränkt anzuschließen.

Der Ausgleichsanspruch entsteht und wird fällig mit der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses (BGH, Urteil vom 8. November 1990 - I ZR 269/88 = WM 1991, 602 unter II 5; Küstner/v. Manteuffel/Evers, aaO Rdnr. 1434). Grundlage seiner Berechnung kann somit nur eine zu diesem Zeitpunkt zu stellende Prognose sein, die sich als richtig oder unrichtig erweisen, aber nicht durch später eintretende Umstände ändern kann. Solche können deshalb nur dann in die Prognose einfließen, wenn sie im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bereits abzusehen sind. Von unvorhergesehenen tatsächlichen Entwicklungen kann die Höhe des bereits entstandenen Anspruchs dagegen nicht mehr beeinflusst werden. Andernfalls müßte auch die eine oder die andere Partei Rückzahlungs- bzw. Nachzahlungsansprüche geltend machen können, falls sich die Prognose nachträglich als unzutreffend erweist. Diese Konsequenz wird indes allgemein abgelehnt (Hopt aaO, § 89 b Rdnr. 16; Küstner/v. Manteuffel/Evers aaO, Rdnr. 1482). Für die Prognose ist nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 26. Februar 1997 aaO unter C I 1 a aa a.E.) außerdem zu unterstellen, daß der ausgeschiedene Tankstellenhalter die Tankstelle für die Dauer des Prognosezeitraums weitergeführt hätte.

Darüber hinaus rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht die durch den Umbau bedingte vorübergehende

Schließung der Tankstelle außer acht gelassen hat, aufgrund derer zunächst einmal alle Kunden andere Tankstellen anfahren mußten. Kundenverluste infolge des Umbaus können auch nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zulasten des Klägers gehen, weil sie auf einem der Sphäre der Beklagten zuzurechnenden Umstand beruhen. Die Abwanderung von Kunden rechtfertigt deshalb auch aus tatsächlichen Gründen nicht den Schluß, der Kläger habe sie nicht wirklich für die Tankstelle der Beklagten geworben.

3. Vergeblich wendet sich die Revision jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht den Abwanderungsverlust mit jährlich 20 % des Ausgangsbetrages angenommen und daraus einen Gesamtprovisionsverlust von $80 \% + 60 \% + 40 \% + 20 \% = 200 \%$ errechnet hat.

a) Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, daß nach dem Ergebnis der Kundenbefragungen in der Parallelsache eine Abwanderung tatsächlich nur in wesentlich geringerem Umfang stattgefunden habe, kann sie bereits aus den oben (unter 2 e bb) ausgeführten Gründen keinen Erfolg haben.

b) Soweit sie eine "lineare" Abwanderung zugrunde legen will, nach der sich für einen fünfjährigen Prognosezeitraum jährliche Provisionsverluste von $90 \% + 70 \% + 50 \% + 30 \% + 10 \% = 250 \%$ ergeben sollen, verkennt sie, daß es sich bei der vom Berufungsgericht angewandten Methode um eine gebräuchliche schematisierte Berechnungsweise handelt, die keinen Anspruch darauf erhebt, die tatsächliche Abwanderungsbewegung auch in zeitlicher Hinsicht mathe-

matisch richtig zu erfassen. Für die Prögnostizierung der Provisionsverluste des Tankstellenhalters genügt die Feststellung, daß jährlich der Umsatz mit Stammkunden wegen der Abwanderung eines Teils derselben voraussichtlich um 20 % geringer ausfallen wird als im Basisjahr.

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

Soweit sich die Revision gegen die Berechnungsmethode des Berufungsgerichts wendet und geltend macht, es müsse eine Progression der Abwanderungsquote zugrunde gelegt werden, was einen niedrigeren Abschlag ergebe, als bisher angenommen worden sei, übersieht sie, daß es für die Berechnung der Abzinsung keine allgemein gültige Formel gibt. Jede Berechnung eines Abzinsungsbetrages führt nur zu einem Annäherungswert, dessen Maßgeblichkeit der Tatrichter wie bei einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu beurteilen hat (BGH, Urteil vom 6. Juni 1984 - VIII ZR 65/83 = WM 1984, 1217 unter III 2 b; Urteil vom 10. Oktober 1990 - VIII ZR 296/89 = WM 1990, 2043 unter II 2). Daß das Berufungsgericht bei der Auswahl der angewandten Abzinsungsme-

thode das ihm bei einer Schätzung nach § 287 ZPO eingeräumte Ermessen überschritten hätte, zeigt die Revision nicht auf. Ihre Ausführungen lassen weder erkennen, daß die vom Berufungsgericht gewählte Methode für die hier vorzunehmende Berechnung generell ungeeignet wäre, noch, daß der von der Revision angestrebten Berechnungsart eine größere Genauigkeit zukäme.

II. Schließlich hat das Berufungsgericht zu Recht einen Ausgleichsanspruch des Klägers im Hinblick auf das Shop-Geschäft verneint. Dabei kann offenbleiben, ob eine analoge Anwendung des § 89 b HGB auf das diesem Eigengeschäft des Klägers zugrunde liegende Vertragsverhältnis der Parteien in Betracht kommt, wie die Revision meint. Denn jedenfalls hat der Kläger einen Ausgleichsanspruch der Höhe nach nicht schlüssig dargetan. Angaben über den Anteil der Stammkunden im Shop, der nicht mit dem Anteil der Tankstammkunden identisch sein muß, fehlen dafür ebenso wie Angaben darüber, inwieweit der Gewinn aus dem Shop handelsvertretertypische und inwiefern er händlertypische Vergütungsbestandteile enthält, die in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht einfließen dürfen, damit der Gewinn mit den Provisionen eines Handelsvertreters vergleichbar ist (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95 aaO unter B I 2 a aa).

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

Ausgangspunkt für die Berechnung des Ausgleichsbetrages ist die Provision für das Treib- und Schmierstoffgeschäft im letzten Vertragsjahr. Davon entfallen auf werbende Tätigkeiten 90 %, weil nach dem oben (unter B I 1 c) Ausgeführten wegen Beweisfälligkeit der Beklagten für verwaltende Tätigkeiten nur der vom Kläger eingeräumte Anteil von 10 % abzuziehen ist. Der Stammkundenumsatzanteil ist ebenfalls, wie vom Kläger geltend gemacht, mit 90 % anzunehmen. Wie oben (unter B I 2 d) ausgeführt, ergibt sich selbst bei Zugrundelegung eines Stammkundenanteils von nur 84 % entsprechend der Repräsentativbefragung der ARAL-AG, der hinter dem sich bei rechtsfehlerfreier Interpretation aus den Kundenbefragungen in der Parallelsache ergebenden Stammkundenanteil von 97 % zurückbleibt (s. unter B I 2 b), ein Stammkundenumsatzanteil von mehr als 93 %.

Dem Kläger steht danach ein Ausgleichsanspruch gemäß folgender Berechnung zu:

letzte Jahresprovision (netto)	115.464,72 DM
davon 90 % für werbende Tätigkeit	103.918,24 DM
davon 90 % Stammkundenumsatz	93.526,42 DM
x 200 %	187.052,83 DM
abgezinst nach der Abzinsungsmethode des Berufungsgerichts mit 8 %	159.625,81 DM
+ 14 % MWSt.	<u>22.347,61 DM</u>
	181.973,42 DM.

Dieser Betrag liegt über der durchschnittlichen Jahresprovision von 159.141,72 DM (= 139.598 DM zzgl. 14 % MWSt.), die gemäß § 89 b Abs. 2 HGB die Höchstgrenze des Ausgleichs

bildet. Unter Berücksichtigung der von der Beklagten bereits geleisteten Zahlung von 11.400 DM steht dem Kläger danach noch ein Ausgleich in Höhe von 147.741,72 DM zu.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers