



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 108/09

Verkündet am:  
21. April 2010  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89b

Auch im Shopgeschäft können als Stammkunden (Mehrfachkunden) eines Tankstellenhalters im Allgemeinen diejenigen Kunden angesehen werden, die mindestens vier Mal im Jahr dort eingekauft haben (im Anschluss an BGH, Urteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214).

BGH, Urteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 108/09 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 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 Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 31. März 2009 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 betrieb aufgrund eines mit der Beklagten am 15./30. Dezember 2004 geschlossenen Tankstellenvertrags ("System Plus") im Zeitraum vom 3. Januar 2005 bis zum 18. September 2007 eine Tankstelle der Beklagten in H. . Dabei übernahm sie im Namen und für Rechnung der Beklagten als deren Handelsvertreterin den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen sowie von Shopwaren. Die Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis zum 30. September 2007. Bereits am 18. September 2007 übergab die Klägerin die Tankstation an die Beklagte. Im letzten Vertragsjahr erzielte die Klägerin im Shopgeschäft eine Provision von 81.485,08 €. Daneben verdiente die Klägerin im gleichen Zeitraum im Kraft- und Schmierstoffgeschäft eine der Höhe nach streitige Jahres-

provision, die sich nach den Angaben der Klägerin auf 92.275,09 € und nach der Darstellung der Beklagten auf 79.027,65 € belief.

2 Die Klägerin hat nach erfolgloser Zahlungsaufforderung mit ihrer am 13. Dezember 2007 zugestellten Klage einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 177.482,17 € verlangt. Die Beklagte hat hierauf einen Betrag von 65.914,10 € bezahlt. In diesem Umfang haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Ihren restlichen Anspruch hat die Klägerin - unter Erweiterung der Klage um 12.515,86 € - auf 124.083,93 € beziffert. Aus dem gekündigten Vertragsverhältnis steht der Beklagten noch eine Gegenforderung in Höhe 1.733,61 € zu, die sie zur Aufrechnung gestellt hat.

3 Das Landgericht hat der Klägerin über den bezahlten Betrag hinaus einen weiteren Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von 58.570,25 € nebst Zinsen zugesprochen und die weitergehende Klage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Klägerin - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Verurteilung der Beklagten auf 55.345,83 € nebst Zinsen ermäßigt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin eine Verurteilung der Beklagten in Höhe von insgesamt 122.340,32 € nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

I.

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

6 Der Klägerin stehe nach § 89b HGB ein Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von insgesamt 122.993,54 € zu, den die Beklagte durch Zahlung von 65.914,10 € und durch Aufrechnung mit einer unstreitigen Gegenforderung in Höhe von 1.733,61 € teilweise erfüllt habe. Damit verbleibe ein restlicher Anspruch in Höhe von 55.345,83 €. Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien im Tankgeschäft die von der Klägerin für das letzte Vertragsjahr angesetzte Provision von 92.275,09 € und im Shopbereich die hier im selbem Zeitraum unstreitig erzielte Jahresprovision von 81.485,08 € zugrunde zu legen. In beiden Geschäftsbereichen seien hiervon 10 % für verwaltende Tätigkeiten abzuziehen, denn bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs blieben solche Provisionsanteile unberücksichtigt, die ausschließlich verwaltenden Zwecken dienten.

7 Von der sonach verbleibenden, für werbende Tätigkeiten gezahlten Jahresprovision in Höhe von 83.047,58 € im Tankbereich und von 73.336,57 € im Shopgeschäft sei aber nur der Teil zu berücksichtigen, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten habe. Im Tankbereich seien nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als Stammkunden diejenigen Kunden anzusehen, die mindestens viermal im Jahr bei derselben Tankstelle tankten. Ausgehend von diesen Prämissen sei der Stammkundenanteil im Tankgeschäft aufgrund den von der Klägerin vorgelegten Erhebungen

auf 86,11 % zu schätzen. Dabei sei bei der Ausgabe von mehreren Tankkarten an ein Unternehmen nicht der einzelne Kartennutzer, sondern der Karteninhaber als Stammkunde anzusehen. Bei der Ermittlung des Stammkundenanteils sei zudem zu berücksichtigen, dass manche Kunden ihre Kraftstoffkäufe über verschiedene Karten abwickelten (so genannte Kartenwechsler). Im Shopgeschäft sei dagegen nur derjenige Kunde als Stammkunde einzustufen, der zwölfmal jährlich dort einkaufe. Die Stammkundeneigenschaft sei in Abhängigkeit von der zu verkaufenden Produktgruppe zu bestimmen. In Tankstellenshops dürften im Wesentlichen kleinere Einkäufe des täglichen Bedarfs erledigt werden. Da man diese Produkte häufiger benötige als Treibstoff, sei hierbei ein kürzeres Wiederholungsintervall und damit eine höhere jährliche Nachkaufhäufigkeit als beim Tankgeschäft anzusetzen. Der Stammkundenanteil am Shopgeschäft belaufe sich daher - bei Zusammenrechnung der im Namen eines Karteninhabers durch die von ihm autorisierten Tankkartennutzer getätigten Kaufvorgänge und unter Berücksichtigung der Kartenwechsler - auf lediglich 30,33 %.

8 Von den so ermittelten Stammkundenanteilen sei in beiden Geschäftszweigen ein Abzug für Altkunden in Höhe von jeweils 32,3 % vorzunehmen. Hierbei sei in Anlehnung an die bei der Abzinsung des Handelsvertreterausgleichs geltende Zeitspanne ein Abwanderungszeitraum von vier Jahren anzusetzen. Demzufolge sei davon auszugehen, dass im fünften Jahr nach Übernahme der Tankstelle durch einen neuen Pächter keine Altstammkunden mehr vorhanden seien. Da die Klägerin die Tankstelle 32,5 Monate betrieben habe, belaufe sich der Anteil der bei ihr noch verbliebenen Altstammkunden auf 32,3% (15,5/48).

9 Die sonach bereinigten Jahresprovisionen im letzten Vertragsjahr seien unter Ansatz einer für die Verlustprognose (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF)

maßgeblichen - unstreitig gebliebenen - Abwanderungsquote von jährlich 20 % mit 200 % zu multiplizieren. Hiervon sei mit dem Landgericht ein Billigkeitsabzug (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB aF) von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke S. vorzunehmen. Bei einem Teil der Kundschaft werde durch diese Marke (berechtigt oder nicht) der Eindruck besonderer Qualität sowohl im Kraft- und Schmierstoffbereich als auch hinsichtlich nicht fertig verpackter Lebensmittel im Shopgeschäft vermittelt. Dass die Beklagte nach dem Vorbringen der Klägerin seit längerer Zeit nur noch Imagewerbung betreibe, ändere an der Sogwirkung der Marke nichts. Zu berücksichtigen seien auch werbende Maßnahmen der Beklagten in Form von Bonusprogrammen.

10 Die vom Landgericht nach der Multifaktorentabelle von Gillardon vorgenommene Abzinsung bei einem Zinssatz von 5 % sei von den Parteien nicht angegriffen worden. Zuzüglich 16 % Umsatzsteuer ergebe sich danach ein der Klägerin zustehender Ausgleichsbetrag in Höhe von 122.993,54 € (93.813,93 € Tankgeschäft; 29.179,62 € Shopbereich). Nach Abzug der von der Beklagten erbrachten Zahlungen von 65.914,10 € und der zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung von 1.733,61 € verbleibe ein Restbetrag von 55.345,83 €.

## II.

11 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Bei der Ermittlung des der Klägerin nach § 89b Abs. 1 HGB aF zustehenden Ausgleichsanspruchs hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft unterschiedliche Maßstäbe an die Bestimmung der Stammkundeneigenschaft im Tankgeschäft und im Shopbereich angelegt. Während es für den Kraft- und Schmierstoffbereich im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats bereits denjenigen Kunden als Stammkunden angesehen hat, der wenigstens viermal jährlich die ehemalige Tankstelle der Klägerin aufsuchte, hat es beim

Shoppeschäft rechtsfehlerhaft eine dreifach höhere Kauffrequenz verlangt. Im Übrigen hält das Berufungsurteil revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

12           1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters nach § 89b Abs. 1 Satz 1 HGB die letzte Jahresprovision im Kraftstoff- und Schmierstoffgeschäft maßgebend ist. Dem liegt die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29. März 1990 - I ZR 2/89, WM 1990, 1496, unter 3 c) gemäß § 287 ZPO zulässige Schätzung zugrunde, dass die der Beklagten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verbleibenden Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die die Klägerin geworben hat (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB), der Höhe nach identisch sind mit den Provisionsverlusten, die die Klägerin infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses erleidet (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF).

13           Dass die der Beklagten verbleibenden Vorteile höher zu bewerten wären, macht auch die Klägerin nicht geltend. Die vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 26. März 2009 (Rs. C-348/07, EuZW 2009, 304 - Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH) aufgestellten, bei der Auslegung des § 89b Abs. 1 HGB aF zu beachtenden Grundsätze (vgl. hierzu Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, zur Veröffentlichung bestimmt, juris, Tz. 33; Staub/Emde, HGB, 5. Aufl., Vor § 84 Rdnr. 14; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 89b Rdn. 24; Thume in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 89b Rdnr. 78) bleiben damit für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung. Der Gerichtshof hat - einige Tage vor 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 selbständigen Handelsvertreter (ABl. EG Nr. L 382 S. 17) dahin auszulegen ist, dass er nicht erlaubt, den Ausgleichsanspruch des

Handelsvertreter von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Vertragsbeendigung zu begrenzen, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind (EuGH, aaO, Rdnr. 25). Diesen Vorgaben hat der Gesetzgeber inzwischen - für zukünftige Fälle - 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).

14           2. Das Berufungsurteil hat auch Bestand, soweit es die als Bemessungsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch herangezogene Jahresprovision in beiden Geschäftsbereichen (Tank- und Shopgeschäft) um einen Verwaltungsanteil von 10 % gekürzt hat. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen sind, die der Tankstellenhalter als Handelsvertreter für seine ("werbende") Vermittlungs- und Abschlussstätigkeit enthält, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde ("verwaltende") Tätigkeiten (Senatsurteile vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, zur Veröffentlichung bestimmt, juris, Tz. 17; vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214, Tz. 49; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 2 und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B II 1; jeweils m.w.N.). Für die Bestimmung der bei der Bemessung eines Handelsvertreterausgleichs zu berücksichtigenden Provisionsanteile kommt es, sofern hinreichende vertragliche Absprachen nicht vorhanden sind, auf das tatsächliche Verhältnis zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit an.

15           a) Das Berufungsgericht ist - dem Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 25. August 2009 - 18 U 63/06, juris) folgend - davon ausgegangen, die Klägerin



habe mit ihrer Behauptung, keine der ihr vergüteten Tätigkeiten habe ausschließlich verwaltenden Zwecken gedient, nicht der ihr obliegenden (primären) Darlegungslast genügt. Dies begegnet rechtlichen Bedenken. Zwar ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, dass grundsätzlich die einen Ausgleichsanspruch geltend machende Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für dessen Voraussetzungen und damit auch dafür trägt, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsanteile zugrunde liegen, die auf ihre werbende Tätigkeit entfallen (vgl. Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO, Tz. 18; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO; jeweils m.w.N; BGH, Urteil vom 28. April 1988 - I ZR 66/87, NJW-RR 1988, 1061, unter II 2 b). Wenn aber vertraglich nicht (hinreichend) geregelt ist, in welchem Umfang mit den Provisionen bestimmte Tätigkeiten vergütet werden, obliegt es der Beklagten, im Einzelnen darzutun, welche Aufteilung der Provision nach dem Vertrag angemessen ist, falls sie von der Beurteilung ihres Vertragspartners abweichen will (vgl. Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO; vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66, unter B I 3, und VIII ZR 91/96, juris, Tz. 30; BGH, Urteil vom 28. April 1988, aaO). So liegen die Dinge hier. Die in § 3 Abs. 6 des Tankstellenvertrags getroffene Regelung, wonach 40 % der Provisionen und Vergütungen des Tankstellenpächters auf verwaltende Tätigkeiten entfallen sollen, ist wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB nichtig (vgl. Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO, Tz. 17; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter B II 2 a; BGHZ 152, 121, 133 ff.). Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, dass sich anderen Bestimmungen des Tankstellenvertrages eine Aufteilung der Vergütungsanteile entnehmen lässt. Revisionsrechtlich ist daher zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass vertragliche Absprachen nicht bestehen und damit die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend sind. Anders als das Berufungsgericht meint, hat die Klägerin ihrer Darlegungslast dadurch genügt, dass sie darauf verwiesen hat, alle von ihr er-

brachten verwaltenden Tätigkeiten seien zumindest auch werbender Natur gewesen und daher nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht als vermittlungsfremde Tätigkeiten einzustufen.

16           Wie der Senat entschieden hat, sind sämtliche mit der Lagerhaltung, der Auslieferung und dem Inkasso zusammenhängenden Arbeiten untrennbar mit der Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit des Tankstellenhalters verbunden und rechtfertigen daher keinen Abschlag für verwaltende Tätigkeiten (vgl. etwa Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO, Tz. 18; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter B II 2 b; vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821, unter III 1 a; jeweils m.w.N.). Da somit die Tätigkeit eines Tankstellenhalters überwiegend werbender Natur ist, ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass der hierin eingeschlossene Fremdverwaltungsanteil gering anzusetzen oder sogar insgesamt zu vernachlässigen ist. Dies mag zwar - wie das Oberlandesgericht Hamm in seiner vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidung vom 25. August 2008 (aufgehoben durch Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO) insoweit zutreffend zu bedenken gegeben hat - angesichts dessen, dass die Tankstellenhalter bislang überwiegend einen Fremdverwaltungsanteil von 10 % zugestanden haben, wenig wahrscheinlich sein, nimmt aber dem Vortrag der Klägerin nicht die Schlüssigkeit. Entgegen der - auf der vorangegangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm beruhenden - Auffassung des Berufungsgerichts ist es daher Aufgabe der Beklagten, den von ihr behaupteten Verwaltungsanteil (10 %) darzulegen und nachzuweisen (Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO, Tz. 19).

17           b) Das Berufungsgericht hat jedoch den vorgenommenen Abschlag für Verwaltungstätigkeiten in Höhe von 10 % nicht ausschließlich auf diese - rechtlich angreifbaren - Erwägungen gestützt, sondern im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt, der Verwaltungsanteil an den Tätigkeiten der Klägerin sei

jedenfalls auf 10 % zu schätzen. Dies hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens. Zwar weisen die von der Beklagten angeführten Tätigkeiten (vorwiegend Verwaltung der Bargeldbestände) noch einen untrennbaren Bezug zu der werbenden Tätigkeit des Tankstellenpächters auf. Denn die Verwaltung und Sicherung der Bargeldbestände gehört im weitesten Sinne noch zur Inkassotätigkeit (Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO, Tz. 20). Anders verhält es sich dagegen mit der vom Oberlandesgericht Hamm angeführten und vom Berufungsgericht auf den vorliegenden Fall übertragenen Gesichtspunkt der Buchführungspflicht. Die der Klägerin nach § 8 des Tankstellenvertrags vom 15./30. Dezember 2004 auferlegte Buchführungspflicht spielt für die Werbung des Kundenstammes keine entscheidende Rolle (vgl. zu diesem Gesichtspunkt etwa Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 91/96, aaO, Tz. 27 ff. m.w.N.), sondern ist nur für die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche von Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter von Bedeutung (Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO). Die vom Tankstellenhalter zur Erfassung der Geschäftsvorfälle erstellten Buchhaltungsunterlagen nehmen regelmäßig einen erheblichen Umfang ein und können aufgrund der darin enthaltenen detaillierten Angaben sogar einen Buchauszug nach § 87c Abs. 2 HGB entbehrlich machen (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 2008 - VIII ZR 205/05, NJW-RR 2009, 821, Tz. 21 ff.). Angesichts des erheblichen Geschäftsaufkommens an der ehemaligen Tankstelle der Klägerin ist die ihr obliegende Buchhaltungstätigkeit weder vom zeitlichen Aufwand noch von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung her als gering einzustufen. Berücksichtigt man mit dem Berufungsgericht weiter, dass viele Tankstellenhalter einen Verwaltungsanteil von 10 % eingeräumt haben und im Streitfall keine hiervon abweichenden Besonderheiten vorgetragen oder ersichtlich sind, hält sich der Ansatz eines Verwaltungsanteils von 10 % auch dann noch im Rahmen tatrichterlichen Schätzungsermessens nach § 287 Abs. 2 ZPO, wenn man die Bargeldverwaltung und die sonsti-

gen von der Beklagten angeführten Pflichten der Klägerin nicht zu den vermittlungsfremden Tätigkeiten zählt.

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

19           a) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs von der letzten Jahresprovision nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm erworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (st. Rspr.; Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO, Tz. 21; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, DB 2009, 2038, Tz. 16; vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 159/07, VersR 2009, 355, Tz. 35; vom 12. September 2007, aaO, Tz. 22; jeweils m.w.N.). Dabei hat es im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats im Kraft- und Schmierstoffgeschäft diejenigen Kunden als Stammkunden angesehen, die an der Tankstelle mindestens viermal im Jahr tanken, ohne dass es darauf ankommt, wie sich die Tankvorgänge auf die Quartale verteilen (Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO; vom 15. Juli 2009, aaO; vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 34 f., 40). Beim Shopgeschäft will das Berufungsgericht dagegen im Hinblick auf die Produktunterschiede eine Stammkundeneigenschaft erst bei zwölf Einkäufen im Jahr bejahen. Dies greift die Revision mit Recht an.

20           b) Als Stammkunden sind alle Mehrfachkunden anzusehen, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (Senatsurteile vom

17. Dezember 2008, aaO, Tz. 35; vom 12. September 2007, aaO, Tz. 36; vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO, unter B I 3; vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO, unter B I 1 a; VIII ZR 91/96, aaO, Tz. 33; VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71, unter B I 2 a; jeweils m.w.N.).

21           aa) Dies bedeutet aber nicht, dass schon jeder Zweitkauf einen Kunden zum Stammkunden werden lässt. Welcher Zeitraum bei der Prüfung, ob eine Geschäftsverbindung im oben genannten Sinne besteht, zugrunde zu legen ist, hängt nämlich von dem Gegenstand des Geschäfts und den branchenüblichen Besonderheiten ab. Das Wiederholungsintervall für Folgegeschäfte ist bei häufig wiederkehrenden Verbrauchsgeschäften kleiner zu bemessen als bei Geschäften über langlebige Wirtschaftsgüter (Senatsurteile vom 12. September 2007, aaO, Tz. 37; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 1 a; jeweils m.w.N.). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im ersten Prüfungsschritt rechtsfehlerfrei eine Zeitspanne von einem Jahr als maßgeblichen Zeitraum für die zu beurteilenden Nachkäufe von Mehrfachkunden im Shopgeschäft ausreichen lassen. Beim Einkauf der in einem Tankstellenshop angebotenen Waren handelt es sich - ebenso wie beim Tanken - um ein Alltagsgeschäft, so dass in beiden Fällen für die Bewertung der Stammkundeneigenschaft ein Zeitraum von einem Jahr angesetzt werden kann (vgl. zum Tankgeschäft Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 38, 40).

22           bb) Von Rechtsfehlern beeinflusst sind dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur erforderlichen Häufigkeit der Folgegeschäfte in dem maßgeblichen Zeitraum. Eine Geschäftsbeziehung nach § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB setzt nach der Rechtsprechung des Senats nicht voraus, dass die Kunden mehr als nur gelegentliche Folgegeschäfte mit dem Unternehmer abschließen (Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 41; vgl. ferner Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO, Tz. 34; VIII ZR 91/96, aaO; VIII ZR

92/96, aaO, jeweils m.w.N.). Um die Stammkundschaft von der übrigen "unzuverlässigen, nicht zu erfassenden Kundschaft", also der nur gelegentlichen Laufkundschaft abzugrenzen (vgl. BGHZ 42, 244, 247; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO; VIII ZR 91/96, aaO, Tz. 32; jeweils m.w.N.), ist letztlich allein die Nachhaltigkeit des Käuferverhaltens entscheidend (vgl. Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 40 ff.).

23 (1) Eine gewisse Nachhaltigkeit des Einkaufsverhaltens setzt im Shopbereich, anders als das Berufungsgericht meint, nicht einen zwölfmaligen Einkauf pro Jahr voraus. Das Berufungsgericht will die für die Stammkundeneigenschaft ausschlaggebende Anzahl der im Prognosezeitraum zu tätigen Nachkäufe ausschließlich in Abhängigkeit von der zu verkaufenden Produktgruppe bestimmen. Eine solche Beschränkung ist aber weder dem vom Berufungsgericht zitierten Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 (aaO) noch den vorausgegangenen Senatsentscheidungen vom 6. August 1997 zu entnehmen. In den Urteilen vom 6. August 1997 (VIII ZR 91/96, aaO, Tz. 47; VIII ZR 150/96, aaO, unter C I; VIII ZR 92/96, aaO, unter B II) hat der Senat lediglich betont, dass der Anteil an Stammkunden im Shopgeschäft nicht identisch sein muss mit dem Anteil der Tankstammkunden. Dies erschließt sich schon daraus, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht jeder Tankkunde auch Shopwaren einkauft, umgekehrt aber auch nicht alle Shopkunden Kraftstoff von der Tankstelle beziehen. Der Senat hat in den genannten Entscheidungen keine Aussagen darüber getroffen, dass die Einkaufsfrequenz bei Shopwaren höher liegen müsse als bei dem Bezug von Kraft- und Schmierstoffen.

24 (2) Das Berufungsgericht lässt bei seiner produktbezogenen Sichtweise außer acht, dass nach der Rechtsprechung des Senats für die Beurteilung der Nachhaltigkeit des Käuferverhaltens nicht nur der Gegenstand des Geschäfts, sondern auch die branchenüblichen Besonderheiten maßgebend sind (vgl. Se-

natsurteile vom 12. September 2007, aaO, Tz. 37; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 1 a; jeweils m.w.N.). Indem es nur auf den Verkaufsgegenstand abgestellt hat, hat es nicht berücksichtigt, dass das Käuferverhalten bezüglich der an einer Tankstelle angebotenen Waren nicht allein von dem Warensortiment bestimmt wird, das in Supermärkten oder Fachmärkten häufig günstiger erhältlich ist. Wie die Revision zu Recht geltend macht, lassen sich Tankstellenshops nicht mit den "gewöhnlichen" Einkaufsmärkten vergleichen. Ihr Warensortiment richtet sich im Wesentlichen an Tankkunden, die hier ihren Reisebedarf decken oder bei ihren sonstigen Einkäufen unberücksichtigt gebliebene Artikel erwerben. Darüber hinaus decken sie den Bedarf derjenigen Kunden, die den Tankstellenshop außerhalb der üblichen Ladenschlusszeiten sonstiger Märkte zum Einkauf der angebotenen Waren aufsuchen.

25

Da ein Tankstellenshop andere Käuferbedürfnisse als ein Supermarkt oder Fachmarkt bedient, kann allein aus dem Umstand, dass die dort angebotenen Waren in der Regel häufiger benötigt werden als Kraftstoff, keine höhere Nachkauffrequenz abgeleitet werden. Zusätzliche Gesichtspunkte, die abweichende Anforderungen an die Stammkundeneigenschaft bei Tankkunden und Shopkunden rechtfertigten, sind nicht ersichtlich. Das Gegenteil ist der Fall. Auch wenn es sich beim Tank- und Shopbereich um zwei getrennte Geschäftszweige handelt, darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass aus Sicht der Kunden ein enger Zusammenhang zwischen beiden Bereichen besteht (gleiche Öffnungszeiten, gleiche Geschäftsräume, auf einen "Mitnahmeeffekt" abgestimmtes Warensortiment). Den (potentiellen) Kunden wird durch das Shopgeschäft ein zusätzliches Warenangebot unterbreitet, wobei sich Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter den Umstand zunutze machen, dass viele Kunden ohnehin wegen des Bedarfs an Kraftstoff die Tankstelle aufsuchen werden. Angesichts dieser engen faktischen Verknüpfung zwischen Tank- und Shopgeschäft und der unterschiedlichen von Einkaufsmärkten und Tankstellenshops

bedienten Kundenbedürfnisse können auch im Shopbereich als Stammkunden im Allgemeinen diejenigen Käufer angesehen werden, die mindestens vier Mal im Jahr dort Einkäufe getätigt haben oder tätigen. Wie im Tankgeschäft ist auch hier bei einem solchen Kundenverhalten die Annahme gerechtfertigt, dass eine Bindung an den Tankstellenshop besteht.

26           4. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht bei mehreren an einen Tankkunden ausgegebenen Karten den Karteninhaber und nicht die Kartennutzer als Stammkunden angesehen. Diese Beurteilung steht im Einklang mit den vom Senat im Urteil vom 11. November 2009 (aaO, Tz. 34 ff.) aufgestellten Grundsätzen. Gleiches gilt, soweit das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin bei der Bemessung des Stammkundenanteils berücksichtigt hat, dass manche Kunden bei ihren Einkäufen mehrere Karten verwenden (vgl. Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO, Tz. 37 ff.).

27           5. Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht bei der Schätzung des der Klägerin vom Vorpächter verbliebenen Anteils an Altstammkunden einen Abwanderungszeitraum von vier Jahren (48 Monaten) zugrunde gelegt und den nach Ablauf von 32,5 Monaten noch vorhandenen Anteil der Altkunden an den Stammkunden der Klägerin auf 32,3 % geschätzt hat (§ 287 Abs. 2 ZPO).

28           a) Die Revision stellt nicht in Abrede, dass bei der Ermittlung der dem Mineralölunternehmen nach Beendigung des Tankstellenvertrags mit der Klägerin verbleibenden Stammkunden ein Prognosezeitraum von vier Jahren und eine jährliche Abwanderungsquote von 20 % zugrunde zu legen ist. Eine solche trichterliche Schätzung ist nicht zu beanstanden, wenn - wie hier - keine ausreichenden Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen während der Vertragslaufzeit vorliegen (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom



12. September 2007, aaO, Tz. 50 m.w.N.; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 3; vom 6. August 1997, VIII ZR 92/96, aaO, unter B I 3).

29

b) Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auch bei der Ermittlung der von der Klägerin vom Vorpächter übernommenen und ihr bei Vertragsende (Laufzeit von 32,5 Monaten) verbliebenen Altstammkunden eine solch schematisierte Berechnungsweise angewandt hat (vgl. hierzu auch Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO, unter B I 3 b). Sowohl bei den Altstammkunden als auch bei den von der Klägerin neu gewonnenen Stammkunden kommt es erfahrungsgemäß zu Abwanderungen. Tatsächliche Anhaltspunkte, die tragfähige Rückschlüsse auf die Abwanderungsbewegungen an der ehemaligen Tankstelle der Klägerin zulassen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies macht auch die Revision nicht geltend. Sie bemängelt lediglich, das Berufungsgericht gehe bei seiner linearen Betrachtungsweise von der unzutreffenden Prämisse aus, der Anteil an Altstammkunden werde im Laufe der Zeit gleichförmig durch neu geworbene Stammkunden ersetzt. Ihre hiervon abweichende Auffassung begründet sie allein damit, die Anzahl neu gewonnener oder reaktivierter alter Stammkunden übersteige schon deswegen den Anteil an verbleibenden Altstammkunden, weil der aktuelle Tankstellenhalter im Gegensatz zu seinem Vorpächter die Kundenschaft bewerbe. Deswegen sei davon auszugehen, dass am Ende der Vertragslaufzeit kein - den Ausgleichsanspruch der Klägerin schmälender - Altkundenbestand mehr vorhanden gewesen sei. Die Annahme der Revision, dass es der Klägerin während der Vertragslaufzeit gelungen sei, deutlich mehr Stammkunden zu gewinnen, als übernommene Altstammkunden abgewandert seien, so dass bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ausschließlich von ihr geworbene neue Stammkunden vorhanden gewesen seien, ist aber durch nichts belegt. Übergangenen Vortrag in den Tatsacheninstanzen zeigt die Revision hierzu nicht auf. Angesichts der Ungeklärtheit der Kundenbewegungen an der

ehemaligen Tankstelle der Klägerin war das Berufungsgericht auch für die Schätzung der Abwanderung von Altkunden auf eine schematisierte Betrachtungsweise angewiesen. Diese hält sich im Rahmen des trichterlichen Schätzungsspielraums und ist daher revisionsrechtlicher Nachprüfung entzogen.

30           6. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen den vom Berufungsgericht vorgenommenen Billigkeitsabzug in Höhe von 10 %. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht das ihm hierbei eingeräumte Schätzungsermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt.

31           a) Beim Ausgleichsanspruch eines Tankstellenhalters kann ein Billigkeitsabschlag gerechtfertigt sein, wenn dessen Verkaufsbemühungen durch eine von der Lage der Tankstelle oder der Marke des Produkts ausgehende "Sogwirkung" in nicht unerheblichem Maße gefördert werden (vgl. Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO, Tz. 44; vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 28, und vom 12. September 2007, aaO, Tz. 53; BGH, Urteil vom 29. November 1984 - I ZR 149/82, BB 1985, 353, unter II 2). Die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Tankstellenhalters einerseits und der "Sogwirkung" von Lage, Marke oder Preis andererseits gehört zum Kernbereich des trichterlichen Schätzungsermessens im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB aF beziehungsweise nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB nF (vgl. Senatsurteile vom 11. November 2009, aaO; vom 15. Juli 2009, aaO; vom 12. September 2007, aaO, Tz. 54; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 4; vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503, unter C I 4, insoweit in BGHZ 135, 14, nicht abgedruckt). Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Trichter ausreichende Feststellungen zu den für seine Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat. Gemessen an diesen Maßstäben lassen die vom Berufungsgericht an-

gestellten Erwägungen keine Rechtsfehler erkennen. Das gefundene Ergebnis hält sich in den Grenzen des tatrichterlich Vertretbaren.

32            b) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Billigkeitsabschlag von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke S.     gerechtfertigt. Hierbei hat es sich von der Erwägung leiten lassen, dass bei einem Teil der Kundschaft deren Kaufentschluss durch eine mit der Mineralölmarke S.     verbundene besondere Qualitätserwartung positiv beeinflusst werde. Dem hält die Revision vergeblich entgegen, das Berufungsgericht habe das ihm eingeräumte Ermessen nicht oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Dies trifft nicht zu, denn das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zutreffend und fallbezogen die Kundenerwartungen an die von der Klägerin ehemals vertriebene, gut eingeführte Marke S.     zugrunde gelegt. Hierbei hat es rechtsfehlerfrei auch den Bekanntheitsgrad der Marke und die Werbewirksamkeit von Bonusprogrammen in seine Bewertung miteinbezogen. Solche Werbemaßnahmen sind - wie letztlich auch die Revision einräumt - weit verbreitet, stellen also bewährte Instrumente der Kundenbindung dar. Der Umstand, dass auch andere Mineralölmarken ähnliche Rabattprogramme anbieten, mag zwar die Werbewirksamkeit solcher Maßnahmen für den Wettbewerb unter den Mineralölunternehmen verringern. Dies ändert aber nichts an der durch die allgemeine Lebenserfahrung belegten Tatsache, dass eine medienwirksame, durch Aktionsprogramme unterstützte Werbung eines Mineralölunternehmens zur Kundengewinnung seiner Tankstellenhalter beiträgt. Dies gilt nicht nur für das Tankgeschäft, sondern auch für die - häufig in die Werbeaussagen mit einbezogenen - Shopwaren.

33            Gegen die Mitursächlichkeit der Qualitätserwartung für den Kaufentschluss der Tankstellenkunden spricht auch nicht die von der Revision angeführte Abwanderungsquote von jährlich 20 %. Sie erlaubt nicht den von der Revision gezogenen Rückschluss, dass für den Kunden die Auswahl der Marke

nicht mitentscheidend für dessen Kaufentscheidung ist (vgl. Senatsurteil vom 11. November 2009, aaO, Tz. 46). Hiergegen spricht schon die Lebenserfahrung, wonach gut eingeführte und stark beworbene Marken in jedem Kaufsegment für bestimmte Kundengruppen eine größere Anziehungskraft besitzen als Discountmarken. Es findet damit ein Wettbewerb zwischen dem teureren Markenprodukt und dem preisgünstigeren Discounterprodukt statt. Soweit die Klägerin darauf verweist, die Höhe ihrer Provisionsansprüche und damit auch des Ausgleichsanspruchs hänge im Wesentlichen von den verkauften Litermengen ab, die sie nur bei zusätzlichem Vertrieb von markenfreiem (preiswerterem) Treibstoff hätte erhöhen können, übersieht sie, dass schon die mit dem Vertrieb des Markenprodukts erzielten Verkaufszahlen nicht allein auf ihre Tätigkeit zurückgeführt werden können, sondern auch durch den Bekanntheitsgrad des vertriebenen Produkts und die hiermit verbundene Kundenerwartung mit beeinflusst worden sind.

### III.

34 Das Berufungsurteil kann nach alledem insgesamt keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es, wie ausgeführt, gegebenenfalls auf der Grundlage ergänzenden Sachvortrags der Parteien weiterer tatsächlicher Feststellungen zum Stammkundenumsatzanteil im Shopgeschäft bedarf. Sie ist deshalb zur

neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Fetzner

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 25.09.2008 - 413 O 147/07 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 31.03.2009 - 9 U 207/08 -