



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 229/15

Verkündet am:
21. Juli 2016
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: _____ ja

HGB §§ 89b, 383 Abs. 1, § 384 Abs. 2, § 392 Abs. 1 und 2, § 396

- a) Ein Vertrag ist als Kommissionsagenturvertrag zu qualifizieren, wenn ein Unternehmer einen anderen gegen Zahlung einer Provision damit beauftragt, ständig von ihm gelieferte, jedoch dem Beauftragten nicht übereignete Ware im eigenen Namen auf Rechnung des Unternehmers zu veräußern, und eine Abtretung der Forderungen aus der Veräußerung der Waren an den Unternehmer vereinbart ist.
- b) Dem Kommissionsagenten steht bei Beendigung des Kommissionsagenturvertrags in entsprechender Anwendung von § 89b HGB ein Ausgleichsanspruch gegen den Kommittenten zu, wenn er in dessen Absatzorganisation eingebunden ist und ihm bei Beendigung des Vertragsverhältnisses den Kundenstamm zu überlassen hat.
- c) Im weitgehend anonymen Massengeschäft in einem stationären Sonderpostenmarkt benötigt der Kommittent für eine Übernahme des Kundenstamms nicht in gleicher Weise wie beim Verkauf hochwertiger Wirtschaftsgüter den Zugang zu vollständigen Kundendaten. Betreibt der Kommissionsagent in von dem Kommittenten angemieteten Räumen einen filialähnlich organisierten Markt und hat der Kommittent über ein von ihm vorinstalliertes Kassensystem ständigen Zugriff auf Informationen zu allen Verkaufsvorgängen und auf sämtliche von den Kunden im Rahmen des Bezahlvorgangs mitgeteilten personenbezogenen Daten, ist von einer faktischen Kontinuität des Kundenstamms auszugehen, wenn der Kommittent nach Beendigung des Kommissionsagenturverhältnisses den Markt unter derselben Geschäftsbezeichnung in denselben Geschäftsräumen weiterführen kann.

BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 229/15 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 27. Oktober 2015 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte betreibt bundesweit von ihr angemietete Sonderpostenmärkte unter der Bezeichnung "T. P.". Diese Märkte werden von selbständigen Marktleitern auf Provisionsbasis geführt.

- 2 Die Klägerin war zunächst aufgrund eines Vertrags vom 11. Oktober 2004 als Marktleiterin für die Beklagte in einem Sonderpostenmarkt in V. tätig, den sie bis zum 31. Januar 2013 betrieb. Aufgrund einer Vereinbarung der Parteien vom 15. November 2012 führte die Klägerin ab dem 14. März 2013 einen Sonderpostenmarkt in B. .

3 In diesem Vertrag sind folgende Regelungen getroffen:

Präambel

P. hat unter dem Namen "T. P." ein Konzept zum Betrieb einer Kette von Sonderposteneinzelhandelsmärkten einschließlich der dafür erforderlichen Infrastruktur entwickelt und zur Marktgeltung in der Bundesrepublik Deutschland gebracht. Das "T. P."-System ist ein umfassendes Marketing- und Vertriebssystem für den Sonderposten-Einzelhandel. Es besteht insbesondere aus:

- dem Namen und der Geschäftsbezeichnung "T. P.";

...

§ 1 Vertragsgegenstand

1. P. gewährt dem Unternehmer das Recht, einen T. P.-Markt in

...

zu betreiben.

Dieses Recht wird dem Unternehmer persönlich gewährt. Es darf ohne vorherige schriftliche Zustimmung von P. weder ganz noch teilweise, weder direkt noch indirekt, auf Dritte übertragen werden.

Der Unternehmer führt den Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr als selbständiger Kaufmann. Er ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung von P., die für jeden Einzelfall erteilt werden muß, nicht berechtigt, Erklärungen mit Wirkung für und/oder gegen P. abzugeben und/oder entgegenzunehmen.

...

2. Während der Dauer des Vertrages ist der Unternehmer berechtigt und verpflichtet, für diesen Geschäftsbetrieb den Firmennamen von P. ... zu nutzen.

...

4. Das Geschäftslokal und der Geschäftsbetrieb des Unternehmers werden unter der Firmenbezeichnung "T. P." geführt.

...

§ 4 Betrieb des T. P.-Marktes - Pflichten von P.

1. Vertragliche Hauptpflicht von P. ist die Einräumung der in der Präambel genannten Rechte für den Betrieb des Unternehmers. Insbesondere ist P. verpflichtet, dem Unternehmer die in dem Markt zum Verkauf gelangenden Waren zu liefern.

...

§ 5 Betrieb des Marktes - Pflichten des Unternehmers

...

3. Der Unternehmer ist verpflichtet, die ihm in diesem Vertrag eingeräumten Rechte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns persönlich unter Einsatz seiner gesamten Arbeitskraft in vollem Umfang auszuüben und zu nutzen, insbesondere die Förderung des Absatzes der Waren nach besten Kräften zu betreiben.
4. ... Der Unternehmer ist verpflichtet, Kunden von P. nicht auf eigene Rechnung zu bedienen. ...

...

§ 6 Allgemeine Verkaufsbedingungen und Provision

...

2. Provision

Der Unternehmer erhält von P. eine Verkaufsprovision von 9 % vom Netto-Umsatz. Zusätzlich können bei außergewöhnlich guter Führung des Marktes Prämien von 0 - 2 % vom Netto-Umsatz gewährt werden.

...

Mit dieser Verkaufsprovision sind alle Aufwendungen des Unternehmers, die dieser durch den Betrieb des Marktes hat, abgegolten.

Insbesondere trägt der Unternehmer hiervon alle beweglichen und beeinflussbaren Kosten, wie z.B. Löhne, Kleinreparaturen zur Aufrechterhaltung der Geschäftsfähigkeit, sämtliche Inventurkosten und die Betriebskosten des Marktes. ... Die Kosten für größere Reparaturen, notwendige Versicherungen, Zeitungswerbung und für die Miete trägt P. .

...

5. Der Unternehmer ist verpflichtet, über die Kasseneinnahmen täglich abzurechnen. ... Aus Sicherheitsgründen ist der Kassenbestand täglich nach Geschäfts-schluß bei einer von P. zu benennenden Bank einzuzahlen.

Forderungen gegen Kunden aus dem Verkauf von Waren gelten im Verhältnis zwischen P. und dem Unternehmer oder dessen Gläubigern als Forderungen von P. . Der Unternehmer tritt bereits jetzt alle Forderungen aus dem Verkauf aller Waren in Höhe des Faktura-Endbetrages (einschließlich Mehrwertsteuer) an P. ab. P. nimmt die Abtretung an.

§ 7 Haftung von P.

...

2. Der Unternehmer betreibt den Betrieb nach diesem Vertrag auf eigene Rechnung und Gefahr. P. haftet daher, soweit nichts anderes vereinbart ist,

nicht für Sach- und Rechtsmängel gleich welcher Art, insbesondere auch nicht für die Aufrechterhaltung und die Rentabilität des Betriebes, er hat diesbezüglich keinerlei Zusagen gemacht.

...

4 Die Beklagte kündigte diesen Vertrag zum 30. Juni 2014.

5 Die Klägerin verfolgt im vorliegenden Verfahren gegen die Beklagte - soweit noch von Interesse - einen Anspruch auf Handelsvertreterausgleich.

6 Das Landgericht hat der auf Zahlung eines Betrags in Höhe von 311.694,45 € brutto nebst Zinsen gerichteten Klage in Höhe von 47.985,90 € stattgegeben. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Betrags in Höhe von 186.966,46 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen (OLG Oldenburg, MDR 2016, 536).

7 Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Vertragsverhältnis der Parteien sei als Kommissionsagenturverhältnis anzusehen. Auf dieses Verhältnis sei die für Handelsvertreter geltende Vorschrift des § 89b HGB entsprechend anzuwenden. Der der Klägerin zustehende Ausgleichsanspruch bestehe in der zugesprochenen Höhe.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Die Parteien haben einen Kommissionsagenturvertrag geschlossen (dazu II 1). Auf diesen Vertrag ist die Vorschrift des § 89b HGB entsprechend anzuwenden (dazu II 2). Der danach der Klägerin zustehende Anspruch auf Handelsvertreterausgleich besteht in der vom Berufungsgericht zugesprochenen Höhe (dazu II 3).

10 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien um ein Kommissionsagenturverhältnis im Sinne der §§ 383 ff. HGB handelt.

11 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe die Klägerin aufgrund der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung mit einer ständigen Tätigkeit betraut. Die vertraglichen Vereinbarungen ließen keinen Zweifel daran, dass die Klägerin für Rechnung der Beklagten handeln sollte. Die Klägerin sei bei den Warenverkäufen wie ein Kommissionär im eigenen Namen und nicht wie ein Handelsvertreter im Namen der Beklagten aufgetreten. Nach § 1 Nr. 1 der Vereinbarung der Parteien sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, ohne vorherige und für jeden Einzelfall zu erteilende schriftliche Zustimmung der Beklagten Erklärungen mit Wirkung für und gegen diese abzugeben. Außerdem sei in § 6 Nr. 5 des Vertrags vereinbart, dass Forderungen gegen Kunden aus dem Verkauf von Waren im Verhältnis der Parteien als Forderungen der Beklagten gälten und dass die Klägerin bereits jetzt alle Forderungen aus dem Verkauf aller Waren an die Beklagte abtrete. Eine solche Regelung wäre nicht notwendig, wenn der Warenverkauf ohnehin im Namen der Beklagten erfolgen sollte. Nichts anderes ergebe sich aus der Art und Weise, wie die Parteien den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag in der Praxis durchgeführt hätten. Zwar würden auf den von der Klägerin erstellten Kassensbons lediglich die Bezeichnung "T. P. Sonderposten" und Steuer-

nummern der Beklagten genannt, der Name der Klägerin erscheine nicht. Zudem werde in den von der Beklagten verteilten Prospekten nur deren Firma und Sitz genannt. Dennoch stelle sich die Situation für den einkaufenden Kunden nicht so dar, dass die Beklagte ihr Vertragspartner werde. An der Eingangstür des Marktes habe ein Schild auf die Klägerin als Inhaberin hingewiesen. Das Vertragsverhältnis der Parteien sei auch nicht nach den Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission (ABl. Nr. C 130/1 vom 19. Mai 2010) als Handelsvertretervertrag einzuordnen. Diese kartellrechtliche Leitlinie könne keinen Zweifel daran begründen, dass der Abschluss von Verträgen im eigenen Namen keine Handelsvertretertätigkeit im Sinne von § 84 Abs. 1 HGB und Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter sei. Dies hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

- 12 b) Nach dem Leitbild der §§ 383 ff. HGB führt der Kommissionär die Geschäfte in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten (vgl. § 383 Abs. 1, § 384 Abs. 2 HGB), wobei er für seine Tätigkeit typischerweise eine Provision (§ 396 HGB) und im Falle der Verkaufskommission die abzusetzende Ware nicht zu Eigentum, sondern zur Verwahrung und zum Verkauf erhält. Will der Kommittent Rechte aus den von dem Kommissionär geschlossenen Geschäften geltend machen, müssen die Ansprüche abgetreten werden (§ 392 Abs. 1 HGB). Der Kommissionär wird nach der gesetzgeberischen Konzeption immer nur im Einzelfall eingeschaltet; der Kommissionsagent, der wie ein Kommissionär im eigenen Namen und für fremde Rechnung verkauft, ist wie ein Handelsvertreter "ständig betraut" (BGH, Urteil vom 20. März 2003 - I ZR 225/00, NJW-RR 2003, 1056, 1058; Martinek in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl., § 3 Rn. 11; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 84 Rn. 138; BeckOK.HGB/Lehmann, § 84 Rn. 74, Stand 1. August 2016; Karsten Schmidt, JuS 2008, 665, 667). Der

Handelsvertreter wird demgegenüber in fremdem Namen und für fremde Rechnung tätig (Martinek in Martinek/Semler/Flohr aaO § 3 Rn. 13) und ist ständig mit der Vermittlung von Geschäften für den Prinzipal betraut (§ 84 Abs. 1 Satz 1 HGB). Anders als für den Handelsvertreter und den Kommissionär fehlt für den Kommissionsagenten eine eigenständige gesetzliche Regelung (Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn aaO § 84 Rn. 138). Grundsätzlich findet für den Kommissionsagenten das Kommissionsrecht Anwendung (BGH, NJW-RR 2003, 1056, 1058).

13 c) Danach ist die Vereinbarung der Parteien als Kommissionsagenturvertrag anzusehen (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1056; BGH, Urteil vom 1. März 2007 - I ZR 79/04, NJW-RR 2007, 1177 Rn. 16).

14 aa) So sieht § 4 Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung der Parteien vor, dass die Beklagte die abzusetzenden Waren der Klägerin zwar liefert, nicht aber an sie übereignet; diese hat nach § 6 Nr. 5 des Vertrags über den Verkaufserlös täglich abzurechnen und ihn noch am selben Tag bei einer von der Beklagten benannten Bank einzuzahlen. Nach § 6 Nr. 2 des Vertrags steht der Klägerin für ihre Tätigkeit in dem Vertriebssystem der Beklagten eine Provision zu; eine Gebühr für die Einbindung in dieses System hat sie dagegen nicht zu entrichten. Diese Bestimmungen stellen deutliche Hinweise dafür dar, dass die Klägerin die ihr gelieferten Waren nach den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen im Rahmen eines Kommissionsverhältnisses abzusetzen hatte (BGH, NJW-RR 2003, 1056, 1058).

15 bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Klägerin auf Rechnung der Beklagten tätig werden sollte. Der Umstand, dass die Klägerin nach § 1 Nr. 1 und § 7 Nr. 2 des Vertrags der Parteien den Betrieb des Sonderpostenmarkts auf eigene Rechnung und Gefahr zu führen hatte, steht dem

nicht entgegen. Die genannten Bestimmungen regeln damit lediglich, dass die Klägerin generell für die Aufwendungen für den Betrieb des Sonderpostenmarkts verantwortlich ist, die gemäß § 6 Nr. 2 mit der ihr zustehenden Verkaufsprovision abgegolten sind. Die für die vorzunehmende Beurteilung letztlich entscheidenden Regelungen in § 5 Nr. 4 sowie § 6 Nr. 2 und Nr. 5 des Vertrages, wonach die Klägerin die Verkaufsgeschäfte auf Rechnung der Beklagten führt und an ihrem wirtschaftlichen Erfolg allein in Form der vereinbarten festen Provision teilhat, bleiben von diesen Bestimmungen unberührt (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1056, 1058). Aus diesem Grund ist die Klägerin nicht als Franchisenehmerin der Beklagten anzusehen. Ein Franchisenehmer handelt, wenn er als Eigenhändler tätig wird, auf eigene Rechnung, weil er die Ware entgeltlich erwirbt, den Erlös der Ware behält und dem Franchisegeber für dessen Leistungen eine Gebühr zahlt (BGH, NJW-RR 2003, 1056, 1058). So liegt der Streitfall nicht.

16 cc) Zudem ist die in § 6 Nr. 5 des Vertrags vorgesehene Zession aller Forderungen an die Beklagte maßgebliches Indiz für ein Kommissionsverhältnis. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Kommittent Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, erst nach der Abtretung geltend machen kann (§ 392 Abs. 1 HGB).

17 dd) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin nach den vertraglichen Regelungen gehalten war, die von der Beklagten gelieferte Ware in eigenem Namen zu veräußern.

18 (1) Hierfür spricht zunächst die Regelung in § 1 Nr. 1 des Vertrags der Parteien, nach der die Klägerin nicht berechtigt sein sollte, Erklärungen mit Wirkung für und gegen die Beklagte abzugeben und entgegenzunehmen. Zwar schließt diese Regelung an die Bestimmung an, nach der die Klägerin den Be-

trieb des Sonderpostenmarkts auf eigene Rechnung betreibt. Sie bezieht sich jedoch nicht allein auf von der Klägerin abzuschließende Arbeitsverträge, Aufträge zur Durchführung von Kleinreparaturen, Inventurkosten und Betriebskosten, sondern soll ersichtlich allgemein und für von der Klägerin mit den Kunden des Sonderpostenmarkts abzuschließende Verträge gelten.

19 (2) Für eine Verpflichtung der Klägerin, gegenüber den Kunden des Sonderpostenmarkts im eigenen Namen aufzutreten, sprechen zudem die Regelungen in § 6 Nr. 5 des Vertrags. Danach gelten Forderungen gegen Kunden aus dem Verkauf von Waren im Verhältnis der Parteien als Forderungen der Beklagten. Die Vereinbarung einer solchen Fiktion wäre für den Fall eines Handelns der Klägerin im Namen der Beklagten überflüssig. Dasselbe gilt für die Vereinbarung, dass die Klägerin bereits jetzt alle Forderungen aus dem Verkauf aller Waren an die Beklagte abtritt.

20 (3) Dafür, dass die Klägerin nach den Vereinbarungen der Parteien nicht im Namen der Beklagten auftreten sollte, spricht zudem, dass eine wirksame Verpflichtung, die Beklagte zu vertreten, nicht allein ein Handeln in deren Namen, sondern eine entsprechende Vollmacht der Beklagten voraussetzen würde (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB) und sich eine solche Vollmacht dem Vertrag der Parteien nicht entnehmen lässt.

21 ee) Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, das Berufungsgericht habe das Vertragsverhältnis der Parteien als Handelsvertretervertrag ansehen müssen. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht dem beispielhaft für die generelle Handhabung im Markt der Klägerin vorgelegten Kassenbon keine entscheidende Bedeutung beigemessen und maßgeblich auf den Hinweis an der Eingangstür des Marktes abgestellt.

- 22 (1) Der Umstand, ob die Klägerin gegenüber den Kunden des Sonderpostenmarkts im eigenen oder im fremden Namen aufgetreten ist, ist für die Frage, welche Rechtsnatur die vertragliche Vereinbarung der Parteien hat, grundsätzlich ohne Bedeutung. Maßgeblich ist deren vertragliche Beziehung zueinander. Der Kommissionsvertrag regelt das Rechtsverhältnis des Kommitenten zum Kommissionär, der Handelsvertretervertrag dasjenige zwischen Handelsvertreter und Prinzipal. Hiervon ist das Ausführungsgeschäft zu unterscheiden, das der Kommissionär oder Handelsvertreter in Ausführung des Kommissionsvertrags mit einem Dritten schließt (vgl. Flohr/Pohl in Martinek/Semler/Flohr aaO § 34 Rn. 5).
- 23 (2) Die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen der Klägerin zu den Kunden des von ihr geleiteten Sonderpostenmarkts lässt nur mittelbar Rückschlüsse auf die Auslegung und die rechtliche Qualifikation des Vertrags der Parteien zu. Entgegen der Annahme der Revisionserwiderung kann der Gestaltung der im von der Klägerin geführten Sonderpostenmarkt ausgegebenen Kassenbons kein Hinweis darauf entnommen werden, dass die Klägerin nach den vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten in deren Namen auftreten sollte. Soweit sich aus dem im Rechtsstreit vorgelegten Kassenbon ergibt, dass er von einem "T. -P. Sonderposten" ausgegeben ist, entspricht dies der in § 1 Nr. 2 und Nr. 4 des Vertrags der Parteien vorgesehenen Verpflichtung der Klägerin, für den Geschäftsbetrieb den Firmennamen "T. P. " zu führen. Wie die Revisionserwiderung selbst einräumt, handelt es sich bei der Verwendung der Angabe "T. P. Sonderposten" durch die Klägerin nicht um den Hinweis auf das Unternehmen der Beklagten, sondern um die Umsetzung der Verpflichtung der Klägerin, zu dem einheitlichen Markenauftritt aller T. -P. -Sonderpostenmärkte beizutragen.

24 (3) Ohne Bedeutung für die Frage, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Kommissionsagentur- oder Handelsvertretervertrag anzusehen ist, ist das Verständnis der in dem Sonderpostenmarkt einkaufenden Kunden. Wie die Revisionserwiderung selbst zugesteht, werden sich die Kunden eines Verbrauchermarktes wie dem von der Klägerin betriebenen Sonderpostenmarkt beim Kauf in der Regel keine Gedanken über die Person ihres Vertragspartners machen, so dass es für sie ohne Bedeutung ist, ob der Inhaber des Sonderpostenmarktes im eigenen oder im fremden Namen handelt. Bei einem derartigen Geschäft für den, den es angeht, ist die Offenlegung des Vertreterwillens nicht erforderlich, das Geschäft kommt mit demjenigen zustande, den es angeht (BGH, Urteil vom 13. März 1991 - XII ZR 53/90, NJW 1991, 2283, 2285). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Hinweis auf die Klägerin als Inhaberin des von ihr betriebenen Sonderpostenmarktes an dessen Eingangstür für die Kunden einen Hinweis auf ihren Vertragspartner darstellt oder nicht.

25 d) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass der Abschluss von Verträgen im eigenen Namen sowohl gemäß § 84 Abs. 1 HGB als auch nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG keine Handelsvertretertätigkeit darstellt (vgl. EuGH, Beschluss vom 10. Februar 2004 - C-85/03, Slg. 2004, I-1578 Rn. 21), sind Rechtsfehler nicht erkennbar. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

26 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auf Kommissionsagenturverträge sei die Vorschrift des § 89b HGB entsprechend anzuwenden.

27 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei gemäß § 5 Nr. 3 des von den Parteien geschlossenen Vertrags verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft zur Förderung des Warenabsatzes einzusetzen. Darüber hinaus

enthalte die Vereinbarung zahlreiche Vorgaben, wie die Klägerin den Sonderpostenmarkt zu führen habe. Deshalb sei sie nicht anders als ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation der Beklagten eingebunden. Zwar enthalte der Vertrag der Parteien keine ausdrückliche Verpflichtung der Klägerin zur Überlassung des von ihr geworbenen Kundenstamms an die Beklagte. Hierzu sei die Klägerin als Kommissionsagentin jedoch bereits aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 384 Abs. 2 HGB verpflichtet. Im Streitfall treffe die Klägerin zudem die Pflicht, das vorinstallierte Kassensystem zu nutzen, durch das die Beklagte ständigen Zugriff auf sämtliche von den Kunden im Rahmen des Bezahlvorgangs mitgeteilten personenbezogenen Daten gehabt habe. Damit sei die fortlaufende Überlassung der aufgrund der Bezahlvorgänge mitgeteilten Kundendaten verbunden. Es könne offen bleiben, ob für die analoge Anwendung des § 89b HGB spreche, dass aufgrund der Fortführung des Sonderpostenmarkts unter derselben Geschäftsbezeichnung in den von der Beklagten gemieteten Geschäftsräumen eine tatsächliche Kontinuität des Kundenstamms vorliege, die eine ausdrückliche Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms entbehrlich erscheinen lasse. Die von der Revision gegen diese Beurteilung erhobenen Rügen greifen nicht durch.

28 b) Grundsätzlich kann § 89b HGB auf andere im Vertrieb tätige Personen entsprechend anwendbar sein (vgl. zur entsprechenden Anwendung des § 89b HGB auf Markenlizenzverträge BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 3/09, GRUR 2010, 1107 Rn. 24 = WRP 2010, 1512 - JOOP!).

29 aa) Dies gilt insbesondere für Vertragshändler, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kontrahieren (Großkomm.HGB/Emde, 5. Aufl., § 84 Rn. 54) und mit dem Hersteller einen Bezugsvertrag mit einer Bindung ähnlich einem Handelsvertretervertrag abschließen (Großkomm.HGB/Emde aaO Vor § 84 Rn. 295). Die auf Handelsvertreter zugeschnittene Bestimmung des § 89b

HGB ist auf Vertragshändler entsprechend anzuwenden, wenn sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertragshändler und dem Hersteller oder Lieferanten nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft, sondern der Vertragshändler in der Weise in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingegliedert war, dass er wirtschaftlich in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hat, und der Vertragshändler außerdem 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 (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1958 - II ZR 73/57, BGHZ 29, 83; Urteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263 Rn. 15 mwN; BGH, GRUR 2010, 1107 Rn. 24 - JOOP!; BGH, Urteil vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 209/07, NJW 2011, 848 Rn. 17; Urteil vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 210/07, NJW-RR 2011, 389 Rn. 18; Urteil vom 5. Februar 2015 - VII ZR 109/13, BGHZ 204, 166 Rn. 14). Dabei muss sich die Verpflichtung des Vertragshändlers zur Übertragung des Kundenstamms nicht ausdrücklich und unmittelbar aus dem schriftlichen Händlervertrag ergeben; sie kann auch aus anderen, dem Vertragshändler auferlegten Pflichten folgen (BGH, Urteil vom 26. Februar 1997 - VIII ZR 272/95, BGHZ 135, 14, 17 mwN; Urteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413).

30 bb) Eine bloß faktische Kontinuität des Kundenstamms rechtfertigt, wie der Bundesgerichtshof in Auseinandersetzung mit einer im Schrifttum (vgl. die Nachweise im Urteil vom 17. April 1996 - VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159, 2160) verbreiteten Ansicht entschieden hat, eine entsprechende Anwendung des § 89b HGB im Vertragshändlerverhältnis dagegen nicht (BGH, NJW 1996, 2159, 2160; BGH, Urteil vom 26. November 1997 - VIII ZR 283/96, NJW-RR 1998, 390, 391; BGHZ 204, 166 Rn. 15; vgl. ferner BGH, Urteil vom 16. Februar 1961 - VII ZR 244/59, VersR 1961, 401, 402).

- 31 cc) Deshalb ist bei Franchiseverträgen, die ein im Wesentlichen anonymes Massengeschäft betreffen, eine entsprechende Anwendung der auf Handelsvertreter zugeschnittenen Bestimmung des § 89b HGB nicht gerechtfertigt. Insoweit besteht keine hinreichende Ähnlichkeit der Interessenlage (BGHZ 204, 166 Rn. 17). Der Franchisenehmer, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelt, besorgt - anders als der Handelsvertreter - mit der Werbung eines Kundenstamms primär ein eigenes, kein fremdes Geschäft. Daran ändert nichts, dass Franchisenehmer im Außenverhältnis gegenüber den Kunden meist nicht unter eigenem Kennzeichen, sondern unter dem des Franchisesystems in Erscheinung treten. Ein vom Franchisenehmer geworbener, im Wesentlichen anonymer Kundenstamm ist nach Vertragsbeendigung nicht ohne weiteres für den Franchisegeber nutzbar. Die tatsächliche Möglichkeit für den Franchisegeber, einen solchen Kundenstamm nach Vertragsende zu nutzen, ist insbesondere dann eingeschränkt, wenn der Franchisenehmer am selben Standort unter eigenem Kennzeichen weiterhin ein Geschäft betreiben kann und von dieser Möglichkeit Gebrauch macht (BGHZ 204, 166 Rn. 18).
- 32 c) Der Bundesgerichtshof hat bisher die Frage offen gelassen, ob § 89b HGB auf das zwischen einem Kommissionsagenten und einem Kommittenten bestehende Rechtsverhältnis entsprechend anzuwenden sein kann (BGH, VersR 1961, 401; Urteil vom 1. Juni 1964 - VII ZR 235/62, BB 1964, 823; Urteil vom 12. März 2003 - VIII ZR 221/02, NJW-RR 2003, 894, 895). Vom Schrifttum wird diese Frage bejaht (Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 89b Rn. 10; Großkomm.HGB/Emde aaO § 89b Rn. 43; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 84 Rn. 19; Thume in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 84 Rn. 41; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn aaO § 84 Rn. 138; Busche in Oetker, HGB, 4. Aufl., § 89b Rn. 68; Wank in Martinek/Semler/Flohr aaO § 16 Rn. 6; MünchKomm.HGB/von Hoyningen-Huene,

4. Aufl., § 89b Rn. 25). Begründet wird diese Auffassung im Wesentlichen damit, dass die analoge Anwendung des § 89b HGB beim Kommissionsagenten noch eher geboten sei als beim Vertragshändler (Sonnenschein/Weitemeyer aaO § 89b Rn. 10; Hopt in Baumbach/Hopt aaO § 84 Rn. 19).

33 d) Im Streitfall sind die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 89b HGB gegeben.

34 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Klägerin - ebenso wie ein Handelsvertreter - in die Absatzorganisation der Beklagten eingebunden. Die Revision nimmt dies hin.

35 bb) Die Klägerin wurde zudem als Kommissionsagentin für Rechnung der Beklagten tätig. Insofern sind ihre Interessen denjenigen eines Handelsvertreters eher vergleichbar, als dies die Interessen von Vertragshändlern und Franchisenehmern sind, die mit der Werbung eines Kundenstamms primär ein eigenes, kein fremdes Geschäft besorgen.

36 cc) Außerdem bestand auf Seiten der Klägerin eine Verpflichtung, der Beklagten ihren Kundenstamm zu überlassen. Gegen diese Annahme des Berufungsgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg.

37 (1) Die Verpflichtung zur Überlassung des Kundenstamms ergibt sich aus § 384 Abs. 2 HGB. Danach hat der Kommissionär dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen (§ 384 Abs. 2 Halbsatz 1 HGB), wobei zu der Ausführungsanzeige die Benennung des Namens des Dritten gehört, an den der Kommissionär die Kommissionsware veräußert hat (vgl. Großkomm.HGB/Koller aaO § 384 Rn. 65 ff.). Weiter ist der Kommissionär verpflicht-

tet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erhalten hat (§ 384 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB). Da es Aufgabe des Kommissionsagenten ist, ähnlich wie ein Handelsvertreter für den Unternehmer einen Kundenstamm zu werben, liegt in dem Kundenstamm dasjenige, was er bei der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Beim Kommissionsagenten fällt damit wie beim Handelsvertreter der Kundenstamm bei Vertragsende schon kraft der gesetzlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses dem Lieferanten zu, ohne dass es einer besonderen vertraglichen Verpflichtung zu seiner Überlassung bedarf (vgl. BGH, BB 1964, 823).

38 (2) Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass die in § 384 Abs. 2 HGB normierte Pflicht zur Namhaftmachung des Dritten, mit dem der Kommissionär kontrahiert hat, modifiziert oder abbedungen werden kann (Münch-Komm.HGB/Häuser, 3. Aufl., § 384 Rn. 42; Hopt in Baumbach/Hopt aaO § 384 Rn. 7; differenzierend Großkomm.HGB/Koller aaO § 384 Rn. 66), und dass dies im Streitfall geschehen sei. Die Namhaftmachung der Person des Kunden gehört zur Verpflichtung des Kommissionärs zur Ausführungsanzeige (§ 384 Abs. 2 Halbsatz 1 HGB). Die Verpflichtung des Kommissionärs zur Übertragung des Kundenstamms ist hiervon unabhängig und ergibt sich aus § 384 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB; hiernach hat er den Kundenstamm als dasjenige, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat, an den Kommittenten herauszugeben.

39 (3) Die Revision zeigt keine Umstände auf, die im Streitfall die Annahme rechtfertigen würden, dass die Parteien die Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms abbedungen hätten. Insbesondere kann der Umstand, dass der Betrieb eines Sonderpostenmarkts ein anonymes Massengeschäft ist, nicht den Schluss auf eine konkludente Abbedingung der Pflicht des Kommissionsagenten zur Überlassung des Kundenstamms nach Vertragsende rechtfertigen.

- 40 (4) Da eine gesetzliche Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten und damit zur Herausgabe des Kundenstamms besteht und diese Pflicht im Streitfall in dem von der Beklagten verwendeten Vertrag nicht abbedungen ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms für eine analoge Anwendung des § 89b HGB bei Kommissionsagenturverträgen ebenso wie bei Vertragshändlern überhaupt erforderlich ist oder ob für derartige Vertragsverhältnisse diese Voraussetzung zu modifizieren ist (vgl. hierzu Großkomm.HGB/Emde aaO § 89b Rn. 36 ff.).
- 41 dd) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, tatsächlich sei keine Übertragung eines individualisierbaren Kundenstamms erfolgt. Dabei kann zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass die Klägerin der Beklagten nicht die Namen und Anschriften aller im Sonderpostenmarkt einkaufenden Kunden übermittelt hat. Dies ist im Streitfall für eine analoge Anwendung des § 89b HGB nicht erforderlich. Es reicht aus, dass die Beklagte während der Tätigkeit der Klägerin alle Daten erhalten hat, die die Beklagte für eine Übernahme des von der Klägerin geworbenen Kundenstamms benötigt.
- 42 (1) Allerdings ist Voraussetzung für die analoge Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändler nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Verpflichtung des Vertragshändlers, dem Hersteller oder Lieferanten seinen Kundenstamm durch Übermittlung der Kundendaten so zu übertragen, dass sich dieser bei Vertragsende die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann (BGHZ 29, 83, 87 ff.; BGH, Urteil vom 17. April 1996 - VIII ZR 5/95, WM 1996, 1555 unter II 1; Urteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, WM 2000, 877 unter II 1 a, jeweils mwN; Urteil vom 28. Juni 2006 - VIII ZR 350/04, NJW-RR 2006, 1692 Rn. 11 mwN).

43 (2) Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass das Erfordernis der Verpflichtung des Vertragshändlers zur Übertragung des Kundenstamms im Bereich langlebiger Wirtschaftsgüter, insbesondere im Bereich des Automobilhandels, entwickelt worden ist und dass bei Verkäufen derartiger Güter üblicherweise die Kundendaten vollständig erfasst werden. Der Hersteller oder Lieferant ist bei derartigen Wirtschaftsgütern auf komplette Kundendaten angewiesen, um sich den Kundenstamm nach Vertragsende sofort und ohne weiteres nutzbar machen zu können. Zudem ist beim Automobilhandel der Vertragshändler Besitzer der Verkaufsräume und muss diese nicht nach Beendigung des Vertragshändlervertrags verlassen. Der Lieferant ist bei einer solchen Sachlage auf eine Weitergabe der Kundendaten angewiesen, um die vom Händler aufgebauten Kundenbeziehungen weiter nutzen zu können. Im Streitfall hat die Klägerin demgegenüber einen filialähnlich organisierten Sonderpostenmarkt in von der Beklagten angemieteten Räumen betrieben. Diese Fallkonstellation weist eher Ähnlichkeit mit dem Betrieb von Tankstellen durch Handelsvertreter auf, bei dem es für die Nutzbarkeit des Kundenstamms maßgeblich auf die Übergabe der Tankstelle ankommt (vgl. BGH, Urteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 92/96 und VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66 und NJW 1998, 71). Ähnlich liegt es im Streitfall. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der bisher von der Klägerin geleitete Sonderpostenmarkt unter derselben Geschäftsbezeichnung in den von der Beklagten gemieteten Geschäftsräumen weitergeführt wird. Bei einer derartigen Sachlage ist von einer faktischen Kontinuität des Kundenstamms auszugehen.

44 (3) Im weitgehend anonymen Massengeschäft in einem stationären Sonderpostenmarkt benötigt der Hersteller oder Lieferant zudem für eine Übernahme des Kundenstamms nicht in gleicher Weise wie beim Verkauf hochwertiger Wirtschaftsgüter den Zugang zu vollständigen Kundendaten. Vielmehr sind in einem derartigen Fall in erster Linie Informationen über den Verkaufsvorgang

an sich erheblich, um es dem Unternehmer zu ermöglichen abzuschätzen, welche Art von Waren am jeweiligen Standort in welchen Mengen nachgefragt wird. Welche Informationen die Beklagte über die Klägerin beziehen wollte, hat sie selbst festgelegt, indem sie die Klägerin verpflichtete, das vorinstallierte Kassensystem der Beklagten zu nutzen. Dadurch hatte die Beklagte ständigen Zugriff auf Informationen zu allen Verkaufsvorgängen und auf sämtliche von den Kunden im Rahmen des Bezahlvorgangs mitgeteilten personenbezogenen Daten.

45 (4) Vergeblich macht die Revision demgegenüber geltend, die Beklagte habe sich zu diesem vom Berufungsgericht als entscheidungserheblich angesehenen Umstand im Berufungsverfahren nicht äußern können. Die Revision legt nicht dar, welchen Vortrag sie hierzu gehalten hätte, wenn ihr dazu Gelegenheit gegeben worden wäre.

46 3. Das Berufungsgericht hat die Höhe des der Klägerin nach § 89b HGB zustehenden Anspruchs auf Handelsvertreterausgleich zutreffend bemessen. Die dagegen von der Revision erhobenen Rügen haben keinen Erfolg.

47 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, Grundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien alle im letzten Vertragsjahr gezahlten Provisionen. Berücksichtigt werden könnten dabei nur die mit Stammkunden erzielten Umsätze, deren Anteil gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf 60% zu schätzen sei. Von diesem Stammkundenumsatz sei ein Abschlag von 10% vorzunehmen, weil bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nur Provisionen für die Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit zugrunde gelegt werden könnten, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde, verwaltende Tätigkeiten. Zudem sei unter Billigkeitsgesichtspunkten ein Abzug von 20% im Hinblick auf in erheblichem Umfang ersparte Betriebs- und Personalkosten der Klägerin vorzuneh-

men. Ein weiterer Abzug von 20% sei unter dem Gesichtspunkt der Sogwirkung der Marke der Beklagten vorzunehmen. Der Umstand, dass die Klägerin lediglich in der Zeit von März 2013 bis Juni 2014 den Sonderpostenmarkt in B. geleitet habe, rechtfertige keinen weiteren Billigkeitsabzug, weil die Klägerin vorher über einen längeren Zeitraum als Marktleiterin in V. tätig gewesen sei. Ein Ausgleichsanspruch stehe der Klägerin für vier Jahre zu, wobei es angemessen sei, für jedes Jahr eine Abwanderungsquote von jeweils 20% zu berücksichtigen. Der dabei ermittelte Betrag sei mit einem Zinssatz von 2% abzu- zinsen und die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen, so dass sich ein Ausgleichsan- spruch in Höhe von 186.966,46 € errechne. Der so ermittelte Ausgleichsan- spruch überschreite die Höchstgrenze nach § 89b Abs. 2 HGB nicht. Mit ihren gegen diese Beurteilung gerichteten Rügen kann die Revision nicht durchdrin- gen.

48 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die vom Berufungsgericht angenommene Berechnungsgrundlage.

49 aa) Die Revision macht geltend, der Berechnung des Ausgleichsan- spruchs seien nicht alle im Basisjahr verdienten Provisionen zugrunde zu legen. Bemessungsgrundlage seien nur Abschluss- und Vermittlungsprovisionen, Pro- visionen für verwaltende Tätigkeiten seien nicht ausgleichsrelevant. Zudem knüpften Öffnungszeitprovisionen nicht an den Abschluss von Geschäften an, sondern an die Umsetzung längerer Öffnungszeiten. Damit zeigt die Revision keine Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf.

50 bb) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b Abs. 1 Satz 1 HGB die zuletzt erzielte Jahresprovision 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 (BGH, Urteil vom 19. Januar 2011 - VIII ZR 149/09, IHR 2012, 78 Rn. 14).

51 cc) Das Berufungsgericht hat der Berechnung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin die vollständigen im Basisjahr verdienten Provisionen lediglich im Ausgangspunkt zugrunde gelegt. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen und Provisionsanteile zu berücksichtigen sind, die der Handelsvertreter für seine ("werbende") Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde ("verwaltende") Tätigkeiten (BGH, IHR 2012, 78 Rn. 16 mwN). Das Berufungsgericht hat für verwaltende Tätigkeiten einen pauschalen Abzug von 10% vorgenommen. Gegen die Höhe dieses Abzugs hat die Revision keine Einwendungen erhoben.

52 dd) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die Provisionen für längere Öffnungszeiten berücksichtigt. Grundsätzlich trägt der einen Ausgleichsanspruch geltend machende Kläger die Darlegungs- und Beweislast für dessen Voraussetzungen und damit auch dafür, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsanteile zugrunde liegen, die auf seine werben-

de Tätigkeit entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499 mwN; Urteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08, IHR 2010, 154 Rn. 18). Es kann nicht bezweifelt werden, dass verlängerte Öffnungszeiten nicht der Verwaltung, sondern dem Abschluss von Geschäften dienen.

53 c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den für den Ausgleichsanspruch entsprechend § 89b HGB maßgeblichen Stammkundenumsatz auf 60% geschätzt.

54 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der von der Klägerin betriebene Sonderpostenmarkt keine Stammkunden habe. Dies stehe im Widerspruch zum eigenen Vortrag der Beklagten zur Bedeutung ihrer Marke und des von ihr entwickelten Marketing- und Vertriebskonzepts, das zum Ziel habe, Kunden langfristig zu binden und sie zum regelmäßigen Besuch ihrer Sonderpostenmärkte zu bewegen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass Kunden, die die Märkte der Beklagten mindestens einmal im Monat aufsuchten, Stammkunden seien. Der Anteil dieser Kunden könne angesichts des von der Klägerin vorgelegten Coaching-Briefs der Beklagten auf 60% geschätzt werden. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

55 bb) Grundsätzlich hat der Handelsvertreter darzulegen und zu beweisen, welcher Anteil am Umsatz bzw. an den Provisionseinnahmen in der Zeit vor der Vertragsbeendigung auf Geschäfte mit Mehrfachkunden entfiel (BGH, WM 2003, 499). Der Bundesgerichtshof hat dem Handelsvertreter im Hinblick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten, im anonymen Massengeschäft den Stammkundenumsatzanteil konkret zu ermitteln, die Darlegung und Beweisführung dadurch erleichtert, dass er eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zugelassen

und zudem die Verwendung statistischen Materials gebilligt hat (BGH, Urteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, WRP 2007, 1480 Rn. 25).

56 cc) Die Klägerin hat ihrer Darlegungslast durch Vorlage des von der Beklagten erstellten Coaching-Briefs genügt. Aus diesem Brief ergibt sich, dass 79% aller Kunden der T. -P. -Sonderpostenmärkte wenigstens einmal im Monat dort einkaufen. Der Umstand, dass dieser Prozentsatz nicht notwendigerweise dem Anteil der Stammkunden am Umsatz entspricht und dass dies nicht ohne weiteres auf den von der Klägerin betriebenen Sonderpostenmarkt übertragen werden kann, hat das Berufungsgericht durch einen erheblichen Abschlag von knapp 20% berücksichtigt und ist von einem durch Stammkunden generierten Umsatz von 60% ausgegangen. Dies ist im Hinblick darauf, dass die Daten zur Kaufhäufigkeit in dem Coaching-Brief von der Beklagten selbst stammen und nicht für die Bewerbung der T. -P. -Sonderpostenmärkte in der Öffentlichkeit, sondern für die Leiter der Sonderpostenmärkte zur Steigerung der Kaufmotivation der Stammkunden bestimmt sind, nicht zu beanstanden. Es kann bei einem derartigen, zu Motivations- und Schulungszwecken eingesetzten Material erwartet werden, dass es auf einer zutreffenden Grundlage beruht. Es obliegt der Beklagten, die sich darauf beruft, die von ihr selbst beauftragte Befragung beruhe auf einer angesichts von lediglich 909 Befragten nicht repräsentativen Umfrage, näher darzulegen und zu beweisen, dass der Anteil derjenigen Kunden, die mindestens einmal im Monat bei ihr einkaufen, nicht 79% beträgt, wie dort ausgewiesen, sondern geringer ist und dass der von diesen Kunden generierte Umsatz weniger als 60% beträgt. Dass die Beklagte in den Tatsacheninstanzen hierzu ausreichenden Vortrag gehalten hätte, zeigt die Revision nicht auf.

57 dd) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Schätzung des Berufungsgerichts sei deshalb fehlerhaft, weil es nicht alle schätzungsrelevanten

Umstände berücksichtigt habe. Das Landgericht, auf dessen Ausführungen das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat ausgeführt, dass die Klägerin einen neu eröffneten Sonderpostenmarkt in B. geleitet hat, so dass ihr im Grundsatz sämtliche Stammkunden zuzurechnen seien. Soweit die Revision geltend macht, die Beklagte betreibe mehrere Sonderpostenmärkte in B., so dass davon auszugehen sei, dass nicht alle Kunden der Klägerin Neukunden gewesen seien, verweist sie insoweit nicht auf von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen gehaltenen Vortrag. Damit handelt es sich um neues Tatsachenvorbringen in der Revisionsinstanz, mit der die Beklagte gemäß § 559 ZPO ausgeschlossen ist.

58 ee) Es trifft entgegen der Rüge der Revision nicht zu, dass das Berufungsgericht den Umsatzanteil der Stammkunden mit dem von ihm geschätzten Stammkundenanteil gleichgesetzt habe. Das Landgericht hat in seinem Urteil, auf das das Berufungsgericht Bezug genommen hat, ausgeführt, die Bezeichnung eines Kunden als Stammkunden erfordere nicht ein gleichbleibendes Sortiment. Es sei anzunehmen, dass es Stammkunden gebe, die sich nicht nur für das Kernsortiment des Sonderpostenmarkts interessierten, die aber dennoch einen Sonderpostenmarkt aufsuchten, um nach Kaufgelegenheiten Ausschau zu halten. Das Berufungsgericht hat von dem in dem Coaching-Brief ausgewiesenen Anteil der Kunden von 79%, der mindestens einmal im Monat in den Sonderpostenmärkten der Beklagten einkauft und die deshalb als Stammkunden anzusehen sind, einen erheblichen Abschlag vorgenommen und den von diesen Kunden generierten Umsatz auf 60% geschätzt.

59 d) Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe wegen der besonders hohen Verwaltungskosten der Klägerin und den insofern nach Vertragsbeendigung ersparten Kosten nicht lediglich einen Abzug in Höhe von 20% vornehmen dürfen, es habe nicht begründet, warum es keinen höheren Abzug

vorgenommen habe. Ausweislich der vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen habe der Betriebskostenanteil rund 74% betragen.

60 aa) In die Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist nicht nur der Vergütungsanteil einzubeziehen, der dem Handelsvertreter nach Abzug seiner gesamten Betriebs- und Personalkosten als Gewinn verbleibt. In dem Verhältnis zwischen Handelsvertreter und Unternehmer, auf das es in § 89b HGB ankommt, ist nicht auf die Nettoeinnahme des Handelsvertreters abzustellen, die sich aus der Gesamtprovision nach Abzug der Kosten ergibt, sondern auf dessen Bruttoprovision (BGHZ 29, 83, 92). Nur ausnahmsweise können besonders hohe, den Verdienst schmälernde Betriebskosten, die der Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung erspart, zu einer Kürzung seines Ausgleichsanspruchs unter Billigkeitsgesichtspunkten führen (BGH, Urteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821, 825 mwN). Dabei ist allerdings auch im Rahmen der Billigkeitserwägungen nicht auf den Reinverdienst des Handelsvertreters etwa in der Weise abzustellen, dass alle Betriebskosten abzusetzen wären (BGH, NJW-RR 2003, 821, 825 f. mwN).

61 bb) Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat insbesondere berücksichtigt, dass ein Billigkeitsabzug nicht dazu führen darf, dass der Anspruchsberechtigte lediglich auf einen Ausgleich seines Reingewinns verwiesen wird. Es hat deshalb bei seiner Entscheidung, den Ausgleichsanspruch der Klägerin ausnahmsweise zugunsten der Beklagten unter Billigkeitsgesichtspunkten zu kürzen, berücksichtigt, dass für die Führung eines Sonderpostenmarkts mit der erforderlichen Lagerhaltung sowie der Regalpflege und angesichts der langen Öffnungszeiten ein beträchtlicher Personalaufwand erforderlich ist, den die Klägerin zu übernehmen hatte. Es hat umgekehrt ebenso berücksichtigt, dass die Klägerin nicht die vollen Kosten der Ladenmiete zu tragen hatte, sondern nur die Nebenkosten. Die Revision legt nicht dar, dass das Berufungsgericht

maßgebliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hätte. Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar.

62 e) Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Prognosezeitraum sei auf vier Jahre zu bemessen.

63 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Prognosezeitraum von vier Jahren und eine Abwanderungsquote von 20% seien angemessen.

64 bb) Dagegen erhebt die Revision keine erheblichen Rügen.

65 (1) Maßgeblich für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs ist, inwieweit der Unternehmer aus den Geschäftsverbindungen mit den vom Handelsvertreter geworbenen Kunden auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und inwieweit der Anspruchsberechtigte infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Provisionseinnahmen verliert, die er bei dessen Fortsetzung aus Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden erzielt hätte. Dabei ist die Entwicklung der vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsbeziehungen in den Blick zu nehmen und festzustellen, wie lange und in welchem Umfang die Geschäfte zwischen Unternehmer und Neukunden voraussichtlich fortgesetzt werden. Zu berücksichtigen sind die Besonderheiten der jeweiligen Branche, die Marktgegebenheiten, Wettbewerbsbedingungen, Kundenfluktuation und die Art der Tätigkeit (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - I ZR 173/91, NJW-RR 1993, 221). Für die Annahme einer Geschäftsverbindung mit Vorteilen für den Unternehmer ist die Zeitspanne maßgebend, innerhalb derer normalerweise noch mit Folgeaufträgen der vom Handelsvertreter neu geworbenen Kunden gerechnet werden kann. Im Falle des Vertriebs von Waren bestimmt sich dieser Zeitraum unter anderem danach, wie häufig sich ein Neubedarf einstellt. Lassen die vertriebenen Artikel aufgrund ihrer Zweckbestimmung und ihrer Langlebigkeit in der Regel nur eine einmalige Anschaf-

fung erwarten, so kann von einer - für den Geschäftsherrn in absehbarer Zeit - weiterhin nutzbaren Geschäftsverbindung nicht gesprochen werden. Andererseits steht der Entstehung einer Geschäftsverbindung mit Vorteilen für den Unternehmer aber nicht von vornherein entgegen, dass Nachbestellungen infolge der Lebensdauer eines Erzeugnisses erst nach einer längeren, auch mehrjährigen Zeitspanne in Betracht kommen (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1984 - I ZR 104/82, NJW 1985, 859 mwN).

66 (2) Im Ergebnis hält nach diesen Maßstäben die von dem Berufungsgericht vorgenommene Bemessung des Prognosezeitraums und der Abwandlungsquote einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Klägerin hat vorgetragen, dass in den Sonderpostenmärkten unter anderem Lebensmittel, Getränke, Süßwaren, Waschmittel, Seifen, Kosmetika sowie Gebrauchsgüter überwiegend für Haus und Garten wie Gartenmöbel, Werkzeuge, Pflanzen, Textilwaren und Haushaltsgeräte verkauft werden. Dabei handelt es sich um Waren mit unterschiedlicher Lebensdauer, so dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme, der Prognosezeitraum betrage vier Jahre, ersichtlich sowohl lang- als auch kurzlebige Waren berücksichtigt hat. Das ist nicht zu beanstanden. Soweit die Revision demgegenüber auf den pauschalen Vortrag der Beklagten verweist, der Prognosezeitraum betrage im Regelfall zwei bis drei Jahre, eine längere Dauer sei nur bei langlebigen Gütern gerechtfertigt, zeigt sie damit keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf, sondern ersetzt die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts in revisionsrechtlich unzulässiger Weise durch ihre eigene.

67 f) Gegen die weiteren Überlegungen des Berufungsgerichts zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs erhebt die Revision keine Rügen. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

68 g) Der Zinsanspruch der Klägerin ergibt sich für die Zeit vor Rechtshängigkeit aus § 353 Satz 1, § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB, für die Zeit danach aus § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 2, § 291 BGB.

69 III. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 24.04.2015 - 13 O 425/14 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 27.10.2015 - 13 U 40/15 -