



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 194/06

Verkündet am:  
12. September 2007  
Kirchgeißner,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89b Abs. 1 Satz 1

- a) Der Tankstellenhalter, der einen Handelsvertreterausgleich nach § 89b HGB beansprucht, darf sich zur Darlegung und zum Beweis des auf Geschäfte mit Stammkunden entfallenden Anteils des Umsatzes und der Provisionseinnahmen (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB) auf geeignete repräsentative Umfragen stützen, soweit er keine zumutbare Möglichkeit hat, die Zahlungsvorgänge an der Tankstelle auszuwerten und den Stammkundenanteil auf dieser Grundlage zu schätzen. Das Mineralölunternehmen darf einer solchen Schätzung jedoch eine auf einer Auswertung der Zahlungsvorgänge beruhende Schätzung des Stammkundenanteils entgegenhalten (Fortführung der Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b aa und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b aa und vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 c und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 c aa).
- b) Als Stammkunden (Mehrfachkunden) eines Tankstellenhalters können im Allgemeinen die Kunden angesehen werden, die mindestens vier Mal im Jahr - also durchschnittlich wenigstens ein Mal pro Quartal - bei ihm getankt haben.
- c) Werden die Verkaufsbemühungen des Tankstellenhalters in nicht unerheblichem Maße durch eine von dem niedrigen Preis des Kraftstoffs ausgehende "Sogwirkung" gefördert, kann aus Billigkeitsgründen (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs gerechtfertigt sein.

BGH, Urteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Wolst, die Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Koch und die Richterin Dr. Hessel

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 1. Zivilsenat, vom 23. Juni 2006 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Aufgrund eines Tankstellenpacht- und -vertriebsvertrages hatte der Kläger vom 1. Januar 1992 bis zum 31. Dezember 2002 eine Tankstelle der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin in P. gepachtet und dort als Handelsvertreter für die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin Kraftstoff und Schmierstoffe der Marken T. bzw. H. vertrieben. Der Kläger verlangt von der Beklagten nach Beendigung des Vertrages einen Handelsvertreterausgleich gemäß § 89b HGB.
- 2 Im letzten Jahr vor Vertragsbeendigung betrug die Jahresprovision des Klägers 69.574,83 € (netto). Die Parteien sind sich einig, dass 90 % der Provisionszahlungen auf werbende Tätigkeiten des Klägers entfallen und dass die Abwanderungsquote in den nächsten vier Jahren insgesamt 200 % beträgt. Die

Parteien streiten über die Höhe des Stammkundenanteils, insbesondere darüber, ob der Anteil der Stammkunden auf der Grundlage repräsentativer Umfragen oder auf der Grundlage elektronisch erfasster Zahlungsvorgänge zu berechnen ist, und nach wie vielen Tankvorgängen ein Kunde als Stammkunde anzusehen ist. Sie streiten ferner darüber, ob ein Billigkeitsabschlag wegen einer Sogwirkung des Preises angebracht ist.

3 Der Kläger errechnet seinen Ausgleichsanspruch wie folgt:

letzte Jahresprovision (netto)	69.574,83 €
davon 90 % werbende Tätigkeit	62.617,34 €
davon 90 % Stammkundenanteil	56.255,61 €
mal 200 % Abwanderungsquote	112.711,22 €
abgezinst um 5 % über 4 Jahre (nach Methode Gillardon)	101.963,73 €
zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer	118.277,92 €

4 Da der Ausgleichsbetrag von 118.277,92 € über der im Durchschnitt der letzten fünf Jahre - unstreitig - erzielten Provision von 80.739,48 € (brutto) liegt, die gemäß § 89b Abs. 2 HGB die Höchstgrenze des Ausgleichs bildet, und die Beklagte außergerichtlich - gleichfalls unstreitig - 31.812,44 € gezahlt hat, macht der Kläger mit seiner Klage eine restliche Ausgleichsforderung von 48.927,04 € nebst Zinsen geltend.

5 Die Beklagte errechnet den Ausgleichsanspruch hingegen wie folgt:

letzte Jahresprovision (netto)	69.574,83 €
davon 90 % werbende Tätigkeit	62.617,34 €
davon 38,01 % Stammkundenanteil	23.800,85 €
mal 200 % Abwanderungsquote	47.601,70 €
abzüglich 30 % Sogwirkung des Preises	30.143,88 €
abgezinst um 5 % über 4 Jahre (nach Kapitalbarwertmethode)	26.108,09 €
zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer	30.285,30 €

6 Weil dieser Ausgleichsbetrag geringer ist als der bereits gezahlte Betrag, beantragt die Beklagte die Abweisung der Klage.

7 Das Landgericht hat dem Kläger 38.886,66 € zuerkannt. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat dem Kläger 38.917,77 € zugesprochen. Die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen. Der Kläger verfolgt seinen Zahlungsantrag von 48.927,04 € weiter, die Beklagte erstrebt weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revisionen beider Parteien haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:

10 Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters sei die letzte Jahresprovision im Treibstoff- und Schmierstoffgeschäft zugrunde zu legen und davon nur der Teil zu berücksichtigen, den er aufgrund von Umsätzen mit Stammkunden erhalten habe, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne von § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB bestehe.

11 Der Stammkundenanteil sei nicht anhand der vom Kläger herangezogene Repräsentativumfrage von Allensbach, sondern anhand der von der Beklagten vorgelegten Zusammenstellungen und Auswertungen der vom Kläger im letzten Vertragsjahr erzielten Kartenumsätze zu ermitteln. Zwar habe die Recht-

sprechung die Verwendung von Repräsentativumfragen für die Schätzung des Stammkundenanteils zugelassen. Eine Schätzung aufgrund allgemeiner Umfragen müsse nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber zurücktreten, wenn - wie hier - die Möglichkeit einer konkreten, tankstellenbezogenen Schätzung bestehe. Der Einwand des Klägers, von ihm könnten die von der Beklagten vorgelegten Daten nicht auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft werden, hindere nicht deren Berücksichtigung. Da der Kläger an sich die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen und den Umfang des Ausgleichsanspruchs trage, sei der pauschale Hinweis auf mangelnde Prüfbarkeit unbeachtlich.

- 12           Als Stammkunden seien alle diejenigen Mehrfachkunden anzusehen, die in einem überschaubaren Zeitraum, in dem üblicherweise mit einem neuen Geschäft zu rechnen sei, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen hätten oder voraussichtlich abschließen würden. Verstehe man die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10. Juli 2002 (VIII ZR 158/01), wonach von einem Stammkunden jedenfalls dann zu sprechen sei, wenn dieser mindestens zwölfmal im Jahr an derselben Tankstelle tanke, in dem Sinne, dass von einem Stammkunden erwartet werden könne, dass er etwa einmal im Monat an "seiner" Tankstelle tanke, so erscheine es im Hinblick auf Urlaubs- und Krankheitszeiten des Stammkunden sachgerecht, die zu fordernde Tankfrequenz auf mindestens zehnmal im Jahr zu reduzieren. Da zudem nicht gesichert sei, dass ein Kartenzahler stets mit (derselben) Karte bezahle, sei die Tankfrequenz, von der an von einem Stammkunden ausgegangen werden könne, weiter von zehn auf acht Mal im Jahr zu reduzieren. Bei einer geringeren Tankhäufigkeit könne nicht von einem Stammkunden gesprochen werden. Vielmehr sei eine gewisse Nachhaltigkeit des Tankverhaltens erforderlich, was jedenfalls im Schnitt ein mehrmaliges Tanken im Quartal voraussetze.

- 13 Auf die mindestens achtmal im Jahr tankenden Kartenkunden entfalle ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Daten ein Umsatz von 872.954,00 €, was bei einem Kartenumsatz von insgesamt 1.738.606,29 € einem Anteil von 50,21 % entspreche. Diese Berechnung bedürfe insoweit einer Korrektur, als der Umsatz der Stationskunden nicht in der von der Beklagten vorgelegten Auswertung enthalten sei. Bei diesen Stationskunden handele es sich unabhängig von der Häufigkeit ihres Tankens um Stammkunden, weswegen der auf sie entfallende Umsatz in vollem Umfang als Stammkundenumsatz zu behandeln sei. Von dem im letzten Vertragsjahr für Kraftstoffverkäufe erzielten Gesamtumsatz von 5.322.903,16 € sei daher zunächst der Stationskundenumsatz von 385.447,67 € abzuziehen. Auf den danach verbleibenden Betrag von 4.937.455,49 € sei der Stammkundenumsatzanteil von 50,21 % zu beziehen, was zu einem Betrag von 2.479.096,40 € führe. Zu diesem Betrag sei der Stationskundenumsatz von 385.447,67 € wieder hinzuzurechnen. Dies führe zu einem Stammkundenumsatz von insgesamt 2.864.544,07 €, was bezogen auf den Gesamtumsatz von 5.322.903,16 € einen Anteil von 53,82 % ausmache.
- 14 Von diesem Stammkundenumsatzanteil seien nicht 20 % abzuziehen, wie es der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00 gebilligt habe. Dort sei es um die Errechnung eines Stammkundenumsatzanteils unter Auswertung einer Repräsentativbefragung gegangen, im Rahmen derer gewisse Korrekturen angezeigt gewesen seien. Hier werde der Stammkundenumsatzanteil aus den zum tatsächlichen Umsatz vorliegenden Daten ermittelt, weswegen es einer derartigen Korrektur nicht bedürfe.
- 15 Von den vom Kläger im letzten Vertragsjahr für werbende Tätigkeit erzielten Provisionen von 62.617,35 € (69.574,83 € abzüglich - unstreitiger - 10 % für verwaltende Tätigkeit) entfielen demnach 53,82 % auf Umsätze mit Stammkunden, was einer Provision von 33.700,66 € entspreche.

- 16 Bei Annahme einer - von beiden Parteien akzeptierten - Verlustprognose von jeweils 20 Prozentpunkten für die Folgejahre seien für das erste Jahr 80 %, für das zweite Jahr 60 %, für das dritte Jahr 40 % und für das vierte Jahr 20 %, also insgesamt 200 % des Ausgangswertes von 33.700,66 € und damit 67.401,32 € als Nettoprovisionsverlust in Rechnung zu stellen.
- 17 Dieser Betrag sei im Hinblick auf die im Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses eintretende Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs angemessen abzuzinsen. Dabei sei die in der Rechtsprechung verwendete Abzinsung nach der Multifaktorentabelle von Gillardon vorzugswürdig, weil diese dem degressiven Verlauf der Verlustprognose besser Rechnung trage. Bei der hier zugrunde zu legenden Abzinsung von 5 % über vier Jahre führe dies zu einem Nettoprovisionsverlust von 60.974,32 €.
- 18 Ein Billigkeitsabschlag für eine von dem Produkt der Beklagten ausgehenden Sogwirkung sei nicht angezeigt. Angesichts der Niedrigpreispolitik der Beklagten, nach der Kraftstoff der Marken T. bzw. H. durchschnittlich einen Cent pro Liter günstiger als Kraftstoff sogenannter A-Gesellschaften angeboten werde, gehe eine Werbewirkung, wenn überhaupt, nicht von der Qualität des Produktes, sondern von dem Preisvorteil aus, den der Kunde einer solchen "Discounter-Tankstelle" erwarte. Zwar könne es unbillig sein, den Handelsvertreter an einem durch die Werbewirkung der Marke des Unternehmers erzielbaren höheren Preis in vollem Umfang durch eine entsprechend höhere Provision zu beteiligen. Gehe die Sogwirkung jedoch allein vom niedrigen Preis aus, schlage sich der geringere Preis bereits in einer entsprechend niedrigeren Provision nieder, weswegen ein Billigkeitsabzug nicht gerechtfertigt erscheine.
- 19 Der dem Kläger zustehende Ausgleichsanspruch errechne sich daher wie folgt:

letzte Jahresprovision (netto)	69.574,83 €
davon 90 % werbende Tätigkeit	62.617,34 €
davon 53,82 % Stammkundenanteil	33.700,66 €
mal 200 % Abwanderungsquote	67.401,32 €
abgezinst um 5 % über 4 Jahre (nach Methode Gillardon)	60.974,32 €
zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer	70.730,21 €

20 Da die Beklagte bereits 31.812,44 € gezahlt habe, seien dem Kläger noch weitere 38.917,77 € zuzusprechen.

## II.

21 Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

22 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters nach § 89b HGB die letzte Jahresprovision im Kraftstoff- und Schmierstoffgeschäft zugrunde zu legen und davon nur der Teil zu berücksichtigen ist, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (Senatsurteil vom 7. Mai 2003 - VIII ZR 263/02, WM 2003, 2107, unter II 1 a; Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B I 3; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 a und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 und VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1).

23 a) Das Berufungsgericht hat zur Schätzung des auf Stammkunden entfallenden Anteils am Umsatz bzw. an den Provisionseinnahmen grundsätzlich zutreffend nicht die von dem Kläger vorgelegte repräsentative Umfrage des Al-lensbach-Institutes aus dem Jahre 2002, sondern die von der Beklagten vorge-



legten Aufzeichnungen und Auswertungen der elektronisch erfassten Kartenumsätze herangezogen; die Revision des Klägers beanstandet jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht seine Schätzung auf diese Aufzeichnungen und Auswertungen gestützt hat, ohne diese zuvor durch einen Sachverständigen auf ihre - vom Kläger bestrittene - Richtigkeit und Vollständigkeit prüfen zu lassen.

24           aa) Der Kläger, der als Tankstellenhalter die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB und damit für den auf Geschäfte mit Stammkunden entfallenden Anteil des Umsatzes bzw. der Provisionseinnahmen trägt (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 2003 - VIII ZR 263/02, WM 2003, 2107, unter II 1 b aa; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b aa und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b aa; Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 b), durfte sich zur Darlegung und zum Beweis dieses Stammkundenanteils allerdings grundsätzlich auf die von ihm vorgelegte repräsentative Umfrage des Allensbach-Institutes aus dem Jahre 2002 stützen.

25           (1) Der Senat hat dem Tankstellenhalter im Hinblick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten, in dem anonymen Massengeschäft einer Tankstelle 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. Damit soll es sich erübrigen, 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 (Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b aa und VIII ZR 58/00, WM 2003,

491, unter B I 1 b aa; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 c und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 c aa).

26 So hat der Senat die Verwertung der in Presse-Mitteilungen der ARAL AG veröffentlichten Ergebnisse der von diesem Mineralölunternehmen in Auftrag gegebenen und vom Allensbach-Institut im Jahr 1987 sowie vom MAFO-Institut im Jahr 1996 durchgeführten Repräsentativbefragungen über die Tankgewohnheiten der Pkw-Fahrer als Grundlage für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils im Tankstellengeschäft gebilligt (Allensbach-Umfrage: Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 c; MAFO-Studie: Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b cc).

27 (2) Der Senat hat in früheren Entscheidungen zwar darauf hingewiesen, dass sich in Zukunft eine Heranziehung des weniger aussagekräftigen statistischen Materials weitgehend erübrigen kann, soweit die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an einer bestimmten Tankstelle aufgrund fortschreitender elektronischer Erfassung der Zahlungsvorgänge sich weniger schwierig gestalten und daher von dem Tankstellenhalter auch zu verlangen sein wird (Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B II 2 a; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b dd und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b aa).

28 Die Anonymität des Massengeschäfts an einer Selbstbedienungstankstelle steht einer konkreten Darlegung des Stammkundenumsatzanteils nämlich jedenfalls insoweit nicht entgegen, als es um den Teil der Kundschaft geht, der nicht mehr mit Bargeld, sondern mit den inzwischen weit verbreiteten Kreditkarten oder vergleichbaren Karten (z.B. EC-Karten) bezahlt. Über diese Zahlungs-

vorgänge werden Belege ausgedruckt, die zumindest die Kartenummer und die Tankmenge ausweisen und die mit Hilfe eines entsprechenden Datenverarbeitungsprogramms daraufhin ausgewertet werden können, ob mit diesen Karten in einem bestimmten Zeitraum mehrfach getankt wurde. Zugleich lassen sich mit Hilfe der Zahlungsbelege auch die "Laufkunden" unter den Kartenbenutzern erfassen, so dass sich der Umsatzanteil der Mehrfachkunden am Gesamtumsatz der Kartenkundschaft für einen bestimmten Zeitraum errechnen lässt. Auf dieser Grundlage kann eine auf die konkreten Verhältnisse im letzten Vertragsjahr bezogene Schätzung einsetzen, indem der Stammkundenumsatzanteil innerhalb der Kartenkunden hochgerechnet wird auf den Gesamtumsatz des letzten Vertragsjahres, falls keine Anhaltspunkte dafür sprechen, dass dieses Verhältnis bei den anonymen "Barzahlern" wesentlich anders ist als innerhalb der Kartenkundschaft. Selbst wenn bei dieser trichterlichen Schätzung noch weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen und Detailprobleme zu lösen wären, könnte auf diese Weise die Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an die tatsächlichen Verhältnisse einer bestimmten Tankstelle stärker angenähert werden, als dies bei einer Verwendung allgemeinen statistischen Materials der Fall sein kann (Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01 und VIII ZR 58/00; jeweils aaO).

29

(3) Der Kläger hatte im vorliegenden Fall aber keine zumutbare Möglichkeit, die Kartenumsätze auszuwerten, um auf dieser Grundlage den Stammkundenumsatzanteil der Tankstelle schätzen zu können. Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, dass die für eine Auswertung der elektronisch erfassten Zahlungsvorgänge geeignete Software mittlerweile Bestandteil der für die Buchhaltung von Tankstellen verwendeten EDV-Programme geworden oder inzwischen ohne unverhältnismäßigen Aufwand zu beschaffen wäre. Es ist auch nicht festgestellt oder vorgetragen, dass der Kläger in der Zeit vor Vertragsbeendigung über Software verfügte, mit deren Hilfe eine maschinelle Aus-

wertung der ausgedruckten Zahlungsbelege möglich gewesen wäre; eine manuelle Auswertung dieser Zahlungsbelege war dem Kläger wegen des damit verbundenen Aufwandes an Zeit und Kosten jedenfalls nicht zuzumuten (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B II 2 a; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b dd und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b aa).

30           bb) Die Beklagte durfte sich gegenüber der auf der repräsentativen Umfrage des Allensbach-Institutes aus dem Jahre 2002 beruhenden Schätzung des Klägers jedoch auf die Möglichkeit einer auf den elektronisch erfassten Zahlungsvorgängen beruhenden Schätzung des auf Stammkunden entfallenden Anteils am Umsatz und an den Provisionseinnahmen berufen. Die Revision der Beklagten macht zu Recht geltend, dass das Mineralölunternehmen berechtigt ist, einer auf repräsentativen Umfragen beruhenden Schätzung des Tankstellenhalters unter Hinweis auf konkret erfasste Zahlungsvorgänge über Einzelgeschäfte entgegenzutreten, da diese eine genauere Schätzung des Stammkundenumsatzanteils einer bestimmten Tankstelle ermöglichen.

31           Die Vorschrift des § 287 ZPO zielt zwar auf eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens ab und nimmt in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung unter Umständen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt; allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an die Wirklichkeit heranzuführen. Deshalb rechtfertigt die Bestimmung des § 287 ZPO es nicht, in einer für die Streitentscheidung zentralen Frage auf die Heranziehung von Schätzungsgrundlagen zu verzichten, die eine genauere Schätzung ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - I ZR 266/02, WRP 2006, 274, II 3 b aa; Urteil vom 17. April 1997 - X ZR 2/96, WRP 1997, 957, unter III 1). Ergebnisse von Repräsentativbefragungen haben wegen der ihrer Erhebung zugrundeliegenden Fragestellung nur eine eingeschränkte Aussagekraft für den prozentualen Anteil der

Stammkundschaft an der Gesamtkundschaft einer bestimmten Tankstelle und für den auf die Stammkunden entfallenden Umsatzanteil. Sie können für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an einer bestimmten Tankstelle deshalb - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - dann nicht herangezogen werden, wenn konkrete Daten, die eine individuellere Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an dieser Tankstelle ermöglichen, zur Verfügung stehen (vgl. Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b dd und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b aa). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn diese Daten von dem Mineralölunternehmen bereitgestellt werden.

32 cc) Das Berufungsgericht durfte allerdings die von der Beklagten vorgelegten Aufzeichnungen und Auswertungen der elektronisch erfassten Kartenumsätze seiner Schätzung des Stammkundenanteils nicht zugrunde legen, ohne diese Aufzeichnungen und Auswertungen zuvor durch einen Sachverständigen auf Richtigkeit und Vollständigkeit prüfen zu lassen. Die Revision des Klägers macht zu Recht geltend, dass der Tankstellenhalter nicht darauf verwiesen werden kann, eine Aufstellung des Mineralölunternehmens, deren Ermittlungsgrundlagen er nicht kennt und die ihm lediglich als Ausdruck präsentiert wird, ohne eigene Sachkunde daraufhin zu beurteilen, ob er sie gelten lassen will und kann.

33 Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Unrecht die ausdrücklich beantragte Überprüfung der von der Beklagten vorgelegten Unterlagen auf Richtigkeit und Vollständigkeit durch einen Sachverständigen verwehrt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war der Einwand des Klägers, von ihm könnten die Daten nicht auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft werden, nicht deshalb unbeachtlich, weil der Hinweis auf die mangelnde Prüfbarkeit angesichts des Umstandes, dass der Kläger an sich die Darlegungs- und Beweislast

für die Voraussetzungen und den Umfang des geltend gemachten Handelsvertreterausgleichsanspruchs hat, zu pauschal gewesen wäre. Der Kläger hat seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des von ihm behaupteten Stammkundenanteils durch Vorlage einer repräsentativen Umfrage des Allensbach-Institutes genügt. Er hat seine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Daten zudem in seiner Berufungsbegründung substantiiert damit begründet, dass er nicht erkennen könne, ob sämtliche sogenannte UTA-Kartenumsätze berücksichtigt worden seien.

34 Das Berufungsgericht durfte diese Bedenken des Klägers nicht mit der Begründung als unbegründet zurückweisen, die Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat richtig gestellt, dass diese Kartenumsätze entgegen der vorprozessualen Korrespondenz doch einbezogen seien. Desgleichen erweist sich der Einwand des Klägers nicht deshalb als unberechtigt, weil, wie das Berufungsgericht gemeint hat, eine zur Akte gereichte CD-Rom und der partielle Ausdruck dieser Daten bestätigt, dass auch derartige Umsätze enthalten sind. Dass die Beklagte solche Umsätze in ihre Aufstellungen und Auswertungen einbezogen hat, bedeutet nicht, dass diese Umsätze auch vollständig und richtig erfasst und ausgewertet sind. Es bedurfte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht deshalb spezifischerer Einwendungen des Klägers, weil die Aufstellung der Beklagten eigene Umsätze des Klägers enthielt. Auch wenn es sich um eigene Umsätze handelte, war der Kläger zu spezifischeren Einwänden schon deshalb nicht imstande, weil er selbst nicht mehr über entsprechende Aufzeichnungen verfügte. Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht dem Antrag des Klägers entsprechen müssen, die Aufstellungen und Auswertungen der Beklagten durch einen Sachverständigen auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen zu lassen.

- 35            b) Die Revision des Klägers rügt weiter zu Recht, dass das Berufungsgericht nur diejenigen Kartenkunden, die im letzten Vertragsjahr mindestens achtmal an der Tankstelle des Tankstellenhalters getankt haben, als Stammkunden angesehen hat. Die Rüge der Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe verkannt, dass derjenige, der nur achtmal pro Jahr an der Tankstelle des Tankstellenhalters getankt habe, noch kein Stammkunde sei, hat hingegen keinen Erfolg.
- 36            Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die "Stammkundschaft" von der im Rahmen des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB nicht berücksichtigungsfähigen "Laufkundschaft" abzugrenzen ist, und dass als Stammkunden alle Mehrfachkunden anzusehen sind, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes, 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 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B I 3; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 a und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 a und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 a).
- 37            Welcher Zeitraum bei der Prüfung, ob eine solche Geschäftsverbindung besteht, zugrunde zu legen ist, hängt von dem Gegenstand des Geschäfts und den branchenüblichen Besonderheiten ab. Das Wiederholungsintervall für Folgegeschäfte ist bei häufig wiederkehrenden Verbrauchsgeschäften des täglichen Lebens kleiner zu bemessen als bei Geschäften über langlebige Wirtschaftsgüter (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 a; vgl. Senatsurteil vom 22. März 2006 - VIII ZR 173/04, WM 2006, 1403, unter C I 1, m.w.N. zum Autokauf sowie Senatsurteile vom 6. August

1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 a und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 a, m.w.N.).

38 Durch wie viele Geschäfte in welchem Zeitraum ein Kunde bei dem als Alltagsgeschäft einzustufenden Tanken zum Mehrfachkunden einer Tankstelle wird, hat der Senat bislang noch nicht entschieden. Weder enthalten die Senatsurteile vom 6. August 1997 insoweit eine Festlegung (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B II und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 d) noch ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - das Senatsurteil vom 10. Juli 2002 (VIII ZR 158/01) dahin zu verstehen, dass von einem Stammkunden erwartet werden kann, dass er etwa einmal im Monat an "seiner" Tankstelle tankt. In diesem Urteil hat der Senat lediglich ausgeführt, dass die trichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts, als Stamm- bzw. Mehrfachkunde einer Tankstelle habe jedenfalls der Kunde zu gelten, der mindestens zwölfmal pro Jahr an derselben Tankstelle tanke, keinen Rechtsfehler aufweise und sich im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung halte (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 a). Dies besagt nicht, dass Kunden, die weniger oft an derselben Tankstelle tanken, nach Auffassung des Senats keine Stammkunden sind.

39 Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten hat der Senat in seinen Entscheidungen auch nicht die Ansicht vertreten, dass eine Person erst dann zum Stammkunden wird, wenn sie mindestens so oft tankt wie der durchschnittliche Tankkunde an einer seiner drei Stammtankstellen, die er alle drei gleichmäßig aufsucht. Auch ein Kunde, der weniger oft als der Durchschnittskunde an einer Tankstelle tankt, ist Stammkunde, wenn er aufgrund der werbenden Tätigkeit des Tankstellenhalters innerhalb eines überschaubaren Zeitraums mehrfach an dieser Tankstelle tankt. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Durchschnittstanker - wie das Berufungsgericht angenommen hat - etwa 36 mal



im Jahr tankt und an nicht mehr als drei Tankstellen 80% seines Tankbedarfs deckt, und ob sich aus dieser Feststellung - wie die Revision der Beklagten geltend macht - ergibt, dass der Durchschnittstanker an jeder seiner drei Stamm-tankstellen zwölfmal im Jahr tankt.

40 Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht der Prüfung, ob eine Geschäftsverbindung zwischen dem Kläger und seinen Kunden besteht, als überschaubaren Zeitraum die Zeitspanne von einem Jahr zugrunde gelegt hat. Nicht zu beanstanden ist weiter, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der Zahl der in diesem Jahreszeitraum abzuschließenden Folgegeschäfte eine gewisse Nachhaltigkeit des Tankverhaltens für erforderlich gehalten hat. Denn mit "unzuverlässiger Kundschaft", die die Tankstelle nicht planmäßig, sondern nur zufällig wieder aufsucht, besteht keine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 a und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 a).

41 Eine gewisse Nachhaltigkeit des Tankverhaltens setzt jedoch, anders als das Berufungsgericht meint, nicht ein mehrmaliges Tanken im Quartal voraus. Eine verfestigte Geschäftsbeziehung des Kunden zum Tankstellenhalter erfordert, entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten, auch nicht, dass der Kunde spätestens nach 30 Tagen wieder zu einer bestimmten Tankstelle kommt. Eine Geschäftsbeziehung im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB setzt nach der Rechtsprechung des Senats nicht voraus, dass die Kunden mehr als nur gelegentliche Folgegeschäfte mit dem Unternehmer abschließen (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 a und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 a, m.w.N.).

- 42 Die Revision des Klägers macht zutreffend geltend, dass die vom Berufungsgericht - zu Recht - geforderte Nachhaltigkeit des Tankverhaltens schon dann gegeben ist, wenn innerhalb eines Jahres drei oder vier Folgegeschäfte geschlossen werden. Als Stammkunden (Mehrfachkunden) eines Tankstellenhalters können im Allgemeinen die Kunden angesehen werden, die mindestens vier Mal im Jahr - also durchschnittlich wenigstens ein Mal pro Quartal - bei ihm getankt haben. Beim vierten Tanken innerhalb eines Jahres ist in der Regel die Annahme berechtigt, dass der Kunde die Tankstelle nicht nur zufällig, sondern gezielt zum wiederholten Mal aufgesucht hat und dementsprechend eine Bindung des Kunden an die Tankstelle besteht; dabei ist auch zu berücksichtigen, dass moderne Fahrzeuge mit geringerem Verbrauch und größeren Tanks nicht mehr so häufig betankt werden müssen (ebenso KG, Urteil vom 21. Mai 2007, 23 U 87/05, juris, Tz. 73 und 74; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Dezember 2002 - I-6 U 76/02, juris, Tz. 37; LG Hamburg, Urteil vom 16. Juli 2004 - 420 O 121/01).
- 43 c) Die Revision der Beklagten rügt andererseits zu Recht, dass das Berufungsgericht die für die Einstufung als Stammkunde erforderliche Zahl von Tankvorgängen zum einen im Hinblick auf Urlaubs- und Krankheitszeiten der Stammkunden und zum anderen im Hinblick darauf, dass Kartenkunden möglicherweise mit unterschiedlichen Karten oder zuweilen in bar bezahlen, reduziert hat. Auf die Urlaubs- und Krankheitszeiten der Stammkunden kommt es nicht an. Entscheidend für die Einstufung als Stammkunde ist allein, wie oft ein Kunde tatsächlich an einer Tankstelle getankt hat und nicht, wie oft er an dieser Tankstelle getankt hätte, wenn er daran nicht - etwa durch Urlaub und Krankheit - gehindert gewesen wäre. Für eine Schätzung des Umsatzes mit Kartenkunden, die erst unter Berücksichtigung weiterer - mit Bargeld oder mit anderen Kreditkarten bezahlter - Tankvorgänge so oft an einer Tankstelle tanken, dass sie als deren Stammkunden anzusehen sind, fehlt eine ausreichende Grundla-

ge. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die eine Schätzung der Zahl dieser Kunden oder der Höhe des auf sie entfallenden Umsatzes erlauben.

44 d) Soweit das Berufungsgericht den anhand der elektronisch erfassten Umsätze der Kartenkunden errechneten Stammkundenumsatzanteil insoweit korrigiert hat, als es die gesondert erfassten Umsätze der Stationskunden - also derjenigen Kunden, die über eine Tankkarte der Tankstelle verfügen - in die Berechnung des Stammkundenumsatzanteils einbezogen hat, haben die Revisionen der Parteien keine Einwände erhoben und sind Rechtsfehler auch nicht ersichtlich. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Stationskunden unabhängig von der Häufigkeit ihres Tankens als Stammkunden angesehen und den auf diese Stationskunden entfallenden Umsatz daher in vollem Umfang als Stammkundenumsatz behandelt hat.

45 e) Die Revision der Beklagten rügt ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht von dem auf diese Weise ermittelten Stammkundenumsatzanteil nicht 20 % abgezogen hat. Ein solcher Abzug von einem Fünftel des Umsatzes ist zwar gerechtfertigt, wenn der Stammkundenumsatzanteil auf der Grundlage der MAFO-Studie berechnet wird, da nach dieser Studie auch die Pkw-Fahrer, die eine oder mehrere Stammtankstellen haben, an diesen nur vier von fünf Mal tanken (Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B II 3 a; vgl. Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 c bb und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B I 1 b dd bbb). Das Berufungsgericht hat den Stammkundenumsatzanteil der Tankstellenkunden jedoch nicht auf der Grundlage der repräsentativen MAFO-Studie geschätzt, sondern anhand der erfassten Umsätze der Kartenkunden und der Stationskunden des Klägers errechnet. Da diese Umsätze vollständig auf die von dem Kläger betriebene Tankstelle entfallen, kommt es nicht darauf an, inwieweit

dessen Kunden einen Teil ihres Bedarfs an anderen Tankstellen decken und ist insoweit ein Abzug daher nicht erforderlich. Entgegen der Darstellung der Revision der Beklagten ist die Berechnung des Berufungsgerichts auf Daten gestützt, aus denen der tatsächliche Umsatz hervorgeht. Denn aus diesen Daten ergibt sich nicht nur, wie oft, sondern auch, für welchen Geldbetrag Kunden Kraftstoff beim Kläger gekauft haben.

46            2. Anders als die Revision der Beklagten meint, scheidet ein Ausgleichsanspruch des Klägers nicht daran, dass der Beklagten aus der Geschäftsverbindung mit den Stammkunden entgegen § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB keine erheblichen Vorteile entstanden sind.

47            Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte durch den Kraftstoffverkauf an einen Kunden, der achtmal pro Jahr an der ehemaligen Tankstelle des Klägers jeweils 40 l - insgesamt also 320 l im Jahr - tankt, nur einen Rohertrag von 3,20 € erzielt. Die Erheblichkeit des Unternehmervorteils richtet sich nach Umfang und erwarteter Beständigkeit des vermittelten Neugeschäfts, nicht nach dessen Verhältnis zum Gesamtgeschäft des Unternehmers (Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 1 a und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 2 a, m.w.N.). Es spielt daher keine Rolle, dass der Unternehmer aus den von einem Handelsvertreter vermittelten Geschäften mit einem einzelnen Kunden nur einen - gemessen an seinen gesamten Geschäften - verhältnismäßig geringfügigen Vorteil erlangt.

48            Desgleichen ist es nicht von Bedeutung, ob von diesem Rohertrag von 3,20 € noch ein Provisionsanspruch des künftigen Tankstellenbetreibers für die verkauften 320 l Kraftstoff von rund 4,10 € abzuziehen wäre, so dass der Beklagten sogar Verluste entstünden. Allerdings wird die Beklagte dadurch dop-

pelt belastet, dass sie für die Umsätze mit Stammkunden nicht nur dem Kläger einen Ausgleich, sondern auch dessen Nachfolger Provisionen zahlen muss. Das ist jedoch stets der Fall, wenn der Unternehmer an Stelle des ausgeschiedenen Handelsvertreters einen neuen einsetzt. Dieser Umstand, der der vom Gesetzgeber gewollten Regelung entspricht, kann daher nicht zur Verneinung eines Ausgleichsanspruchs führen (BGHZ 42, 244, 248). Die dem Nachfolger gegenüber bestehende Provisionsverpflichtung ist bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs daher nicht zu berücksichtigen (vgl. Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 7. Aufl., Rdnr. 1141).

49           3. Das Berufungsgericht hat zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs von den vom Kläger im letzten Vertragsjahr erzielten Provisionen zu Recht 10 % für verwaltende Tätigkeiten abgezogen und dementsprechend nur 90 % für werbende Tätigkeiten berücksichtigt. Bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen oder Provisionsanteile zugrunde zu legen, die der Handelsvertreter für seine werbende (vermittelnde und abschließende) Tätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für sogenannte verwaltende (vermittlungsfremde) Tätigkeiten (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B III; Senatsurteile 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; Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B I 3). Dass von den Provisionszahlungen im vorliegenden Fall 90 % auf werbende und 10 % auf verwaltende Tätigkeiten des Klägers entfallen, ist zwischen den Parteien unstrittig.

50           4. Soweit das Berufungsgericht der Verlustprognose nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB eine - von beiden Parteien akzeptierte - Abwanderungsquote von jährlich 20 % zugrunde gelegt und daraus einen Gesamtprovisionsverlust

von 20 % + 40 % + 60 % + 80 % = 200 % errechnet hat, weist dies gleichfalls keinen Rechtsfehler auf. Die Annahme einer solchen Abwanderungsquote liegt, wenn ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen während der Vertragszeit nicht vorliegen, im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 2 ZPO; vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B I 3 b; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 3 und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B III; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B II 3 und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 3).

51

5. Da der Ausgleichsanspruch, der an die Stelle der mit der Vertragsbeendigung entfallenden Provisionseinnahmen tritt, die sich bei einer Fortsetzung des Vertrages auf einen längeren Zeitraum verteilt hätten, bereits mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses entsteht, ist der Ausgleichsbetrag, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, abzuzinsen (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1990 - I ZR 269/88, WM 1991, 602, unter II 5). Nicht zu be-  
anstanden ist, dass das Berufungsgericht die Abzinsung - ebenso wie der Klä-  
ger - nach der Multifaktoren-Formel von Gillardon und nicht - wie die Beklagte -  
nach der sogenannten Kapitalbarwertmethode berechnet hat. Für die Berech-  
nung der Abzinsung gibt es keine allgemeingültige Formel. Jede Berechnung  
eines Abzinsungsbetrags führt nur zu einem Annäherungswert, dessen Maß-  
geblichkeit der Tatrichter wie bei einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu  
beurteilen hat. Der Bundesgerichtshof hat stets betont, dass der Tatrichter unter  
den in der Praxis gebräuchlichen Abzinsungsmethoden frei wählen kann, und  
hat dementsprechend auch die Berechnungsweise nach Gillardon wiederholt  
gebilligt (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B  
V; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B II  
5 und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 4).

52           6. Die Revision der Beklagten macht jedoch zu Recht geltend, dass ein Abschlag aus Billigkeitsgründen unter dem Gesichtspunkt einer Sogwirkung des Preises nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden kann.

53           Die Zahlung eines Ausgleichs kann nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB verlangt werden, wenn und soweit dies unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. Ein Billigkeitsabschlag vom Ausgleichsbetrag kann gerechtfertigt sein, wenn für die Auswahl einer Tankstelle Gründe maßgebend sind, die nichts mit den Verkaufsbemühungen des Tankstellenhalters zu tun haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Verkaufsbemühungen des Tankstellenhalters durch eine von der Lage der Tankstelle oder der Marke des Produkts, aber auch dann, wenn diese durch eine von dem Preis des Kraftstoffs ausgehende "Sogwirkung" in nicht unerheblichem Maße gefördert werden (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1984 - I ZR 149/82, BB 1985, 353, unter II 2).

54           Die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Tankstellenhalters einerseits und der "Sogwirkung" von Lage, Marke oder Preis andererseits gehört zum Kernbereich des tatrichterlichen Schätzungsermessens im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB (vgl. Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 4 und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B IV 1; m.w.N.). Sie kann vom Revisionsgericht allerdings daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter ausreichende Feststellungen zu den für seine Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat (vgl. Senatsurteil vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 123/04, NJW-RR 2005, 1157, unter II 2, m.w.N.). Daran fehlt es hier.

- 55 Das Berufungsgericht hat gemeint, angesichts der Niedrigpreispolitik der Beklagten, nach der Kraftstoff der Marken T. bzw. H. durchschnittlich einen Cent pro Liter günstiger als Kraftstoff sogenannter A-Gesellschaften angeboten werde, gehe eine Werbewirkung, wenn überhaupt, nicht von der Qualität des Produktes, sondern von dem Preisvorteil aus, den der Kunde einer solchen "Discounter-Tankstelle" erwarte. Zwar könne es unbillig sein, den Handelsvertreter an einem durch die Werbewirkung der Marke des Unternehmers erzielbaren höheren Preis in vollem Umfang durch eine entsprechend höhere Provision zu beteiligen. Gehe die "Sogwirkung" jedoch allein vom niedrigen Preis aus, schlage sich der geringere Preis in einer entsprechend niedrigeren Provision nieder, weswegen ein Billigkeitsabzug nicht gerechtfertigt erscheine.
- 56 Träfe die Erwägung des Berufungsgerichts zu, dass sich der geringere Kraftstoffpreis bereits in einem geringeren Provisionsanspruch niedergeschlagen hat, wäre dies entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten allerdings ein Gesichtspunkt, der einem Billigkeitsabschlag entgegenstehen könnte. Die Revision der Beklagten rügt jedoch zu Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, der Provisionsanspruch des Klägers sei geringer als der Provisionsanspruch des Handelsvertreters einer A-Gesellschaft, weil der Kläger seinen Kraftstoff um durchschnittlich einen Cent billiger verkaufe, keine Grundlage im Prozessstoff findet, weil die Höhe des Umsatzes und damit des Provisionsanspruchs nicht nur vom Preis, sondern auch von der Menge des verkauften Kraftstoffs abhängt und es an Feststellungen dazu fehlt, dass der Kläger trotz des geringeren Preises keine größere Menge Kraftstoff als der Handelsvertreter einer A-Gesellschaft verkaufen konnte.
- 57 Das Berufungsgericht wird daher im Rahmen der Billigkeitsabwägung nicht nur zu prüfen haben, ob der Preis des Kraftstoffs eine derartige "Sogwirkung" auf die Kunden ausübt, dass der Kläger Stammkunden in erheblichem



Maße nicht durch seine eigenen Verkaufsbemühungen, sondern wegen des günstigen Kraftstoffpreises gewonnen hat, sondern es wird gegebenenfalls auch der Frage nachgehen müssen, ob der niedrigere Kraftstoffpreis tatsächlich zu einem geringeren Provisionsanspruch des Klägers geführt hat. Es ist dann Sache des Berufungsgerichts zu erwägen, ob und inwieweit diese Umstände es rechtfertigen, den Ausgleichsanspruch aus Billigkeitsgründen zu kürzen.

III.

58 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist, da sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht - nach entsprechendem Sachvortrag der Parteien - den Stammkundenumsatzanteil erneut schätzen und nochmals einen Billigkeitsabschlag unter dem Gesichtspunkt einer "Sogwirkung" des Preises erwägen kann.

Ball

Dr. Wolst

Dr. Milger

Dr. Koch

Dr. Hessel

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 04.08.2004 - 418 O 89/04 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 23.06.2006 - 1 U 147/04 -