



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 249/08

Verkündet am:
11. November 2009
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89b Abs. 1 Satz 1

- a) Zur Berechnung des Handelsvertreterausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters kann der Anteil des Umsatzes und der Provisionseinnahmen, der auf Geschäfte mit Stammkunden entfällt, für Barzahler auf der Basis der Geschäfte mit Kartenzahlern (EC-Karten, Kreditkarten, Tankkarten) hochgerechnet werden. Dabei sind solche Karten auszunehmen, bei denen an der betreffenden Tankstelle konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie von Kunden eingesetzt werden, die ihrer Art nach nicht mit derselben Häufigkeit und in demselben Umfang Bargeschäfte tätigen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, DB 2009, 2038).
- b) Bei so genannten Flotten- und Firmenkundenkarten ist für die Beurteilung der Stammkundeneigenschaft auf den Großkunden abzustellen, der mehrere Karten für seine Fahrer oder Fahrzeuge einsetzt. Denn nicht mit dem Fahrer, sondern mit dem Großkunden als Karteninhaber kommt ein Kaufvertrag über die bezogene Kraftstoffmenge zustande.
- c) Im Rahmen der trichterlichen Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine nur auf Kartennummern basierende Feststellung von Stammkartenkunden erheblich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen kann. Der Trichter ist hierbei nicht gehindert, auch auf solche Erhebungen über wechselndes Zahlungsverhalten von Kartenkunden (Wechsel zwischen verschiedenen Karten; Wechsel zwischen Karten- und Barzahlung) zu-

rückzugreifen, die nicht auf den konkreten Verhältnissen der ehemaligen Tankstelle des Tankstellenhalters beruhen.

- d) Die Annahme einer Abwanderungsquote von 20 % pro Jahr liegt auch bei einer Tankstelle, bei der die Stammkundeneigenschaft durch nur vier Tankvorgänge im Jahr begründet wird, im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens, wenn ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen nicht vorliegen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, DB 2009, 2038).

BGH, Urteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 249/08 - OLG Hamm
LG Bochum

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Achilles, die Richterin Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büniger

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. August 2008 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger war Pächter einer im Jahr 1999 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten neu erbauten A. -Tankstelle an der B in H. . Zuvor hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten eine in der Nähe gelegene Tankstation unterhalten, die einen Tag nach Eröffnung der neuen Tankstelle geschlossen wurde. Aufgrund eines mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) am 5./7. Oktober 1999 geschlossenen Tankstellenvertrags übernahm der Kläger im Namen und für Rechnung der Beklagten als deren Handelsvertreter den Verkauf von Kraft-, Treib- und Schmierstoffen an

der neuen Tankstelle. Das Vertragsverhältnis bestand in dem Zeitraum vom 3. Dezember 1999 bis zum 30. Juni 2002. In der Zeit zwischen dem 1. Juli 2001 und dem 30. Juni 2002 bezog der Kläger von der Beklagten Provision in Höhe von 103.000 €.

2 Zum 30. Juni 2002 kündigte die Beklagte den Tankstellenvertrag mit dem Kläger. Der Kläger verlangte mit Schreiben vom 5. August 2002 von der Beklagten Handelsvertreterausgleich in Höhe von 55.730 €, den diese ablehnte. Aus dem gekündigten Vertragsverhältnis stehen der Beklagten noch Gegenansprüche in Höhe von 5.000 € zu, die sie zur Aufrechnung gestellt hat.

3 Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger Handelsvertreterausgleich in Höhe von 125.642,28 € nebst Zinsen geltend gemacht. Hiervon hat die Beklagte einen Betrag von 42.483,56 € zuzüglich Zinsen anerkannt. Das Landgericht hat dem Kläger über die anerkannte Forderung hinaus einen weiteren Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von 32.069,24 € nebst Zinsen zugesprochen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung eines Handelsvertreterausgleichs in Höhe von insgesamt 95.631,07 € nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger eine Verurteilung der Beklagten in Höhe von insgesamt 120.642,28 € nebst Zinsen. Die Beklagte verfolgt dagegen mit ihrer ebenfalls vom Berufungsgericht zugelassenen Revision eine Herabsetzung des dem Kläger von den Vorinstanzen zugesprochenen Betrages auf 58.612,46 € nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

4 Beide Revisionen haben Erfolg.

I.

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

6 Dem Kläger stehe nach § 89b HGB ein Anspruch auf Handelsvertreterausgleich in Höhe von insgesamt 95.631,07 € zu. Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs sei die letzte Jahresprovision von 103.000 € zugrunde zu legen. Davon sei - wie von den Parteien im Verlauf des Rechtsstreits unstreitig gestellt - für die von der bisherigen Tankstelle übernommenen Altkunden ein Abzug von 15 % vorzunehmen. Weiter seien 10 % für verwaltende Tätigkeiten abzuziehen, denn bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs seien nach gefestigter Rechtsprechung nur solche Provisionsanteile zu berücksichtigen, die der Handelsvertreter für werbende Tätigkeiten erhalten habe. Der Umfang der für vermittlungsfremde (verwaltende) Aufgaben gezahlten Provision lasse sich nicht bereits der in § 5 Abs. 4 Satz 2 des Tankstellenvertrags getroffenen Regelung entnehmen, wonach 50 % der Vergütung für "verwaltende Tätigkeiten" gezahlt würden. Denn diese scheinbar nur als Entgeltvereinbarung formulierte Klausel sei mit § 89b Abs. 4 Satz 1 HGB nicht zu vereinbaren. Maßgeblich sei daher das tatsächliche Verhältnis zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit. Angesichts der vielen dem Kläger übertragenen Einzeltätigkeiten sei dessen Behauptung, er habe keinerlei Verwaltungstätigkeit ausgeübt, nicht zu folgen und ein Abzug von 10 % gerechtfertigt.

7 Von der sonach verbleibenden, für werbende Tätigkeiten gezahlten Jahresprovision in Höhe von 78.795 € sei aber nur der Teil zu berücksichtigen, den

der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten habe, denn nur mit diesem Kunden bestehe eine Geschäftsbeziehung im Sinne von § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB. Stammkunde eines Tankstellenhalters sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214, Tz. 35 ff.) jeder, der durchschnittlich mindestens viermal im Jahr bei derselben Tankstelle tanke. Bei der nach § 287 Abs. 2 ZPO gebotenen Schätzung des Stammkundenanteils der Barzahler seien die elektronisch erfassten Kartenumsätze (allerdings ohne Stationskarten) heranzuziehen.

8 Dabei sei eine Differenzierung zwischen den "klassischen" Kreditkarten (Visa, Mastercard, American Express) und EC-Karten einerseits und sonstigen bei der Tankstelle des Klägers eingesetzten Karten andererseits (T+E-Karten, Tankkarten, Flottenkarten, WestfalenCard, Routex- und A. -Card) nicht geboten. Es sei vertretbar, im Regelfall auf eine Unterscheidung zwischen den Karten, mit denen aufgrund einer vom Mineralölunternehmen eingeräumten Vergünstigung preiswerter an den Markentankstellen des Unternehmens getankt werden könne, und den Karten, mit deren Einsatz keine kraftstoffmarkenbezogenen Vergünstigungen verbunden seien, ebenso zu verzichten wie auf eine Differenzierung zwischen den möglicherweise unterschiedlichen Kundeninteressen, die zum Einsatz einer Kreditkarte oder einer EC-Karte führten. Denn jeder Tankkunde könne die Kaufpreisforderung des Tankstellenbetreibers auch mit Bargeld statt mit dem Einsatz seiner Karte bezahlen, sei also ein "potentieller" barzahlender Kunde.

9 Bei so genannten Flotten- und Firmenkundenkarten sei für die Stammkundeneigenschaft auf die einzelne Karte, nicht dagegen auf den "juristischen" Großkunden abzustellen, der über mehrere Karten verfüge. Dafür spreche, dass der vom Tankstellenbetreiber vermittelte provisionspflichtige Kaufvertrag

(Umsatz) erst mit dem Einsatz der Karte bei der Tankstelle und nicht schon aufgrund früherer Rahmenvereinbarungen des Unternehmens mit einzelnen Großkunden zustande komme. Diese Handhabung führe zwar zu einer in gewissem Umfang pauschalierten Betrachtung der Kundenbeziehungen. Dies sei aber aus Gründen der Praktikabilität sachgerecht, sofern die Besonderheiten der konkreten Tankstelle keine besondere Betrachtung erforderten. Im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 2 ZPO) sei der Stammkundenumsatzanteil für die Tankstelle des Klägers daher mit 67,6 % anzusetzen. Da die Berechnungen der Parteien ohnehin nur in Höhe von 4,72 % voneinander abwichen und es um die Ermittlung von Annäherungswerten gehe, sei die Einschaltung eines Sachverständigen nicht geboten.

10 Der auf diese Weise geschätzte Stammkundenanteil sei nicht deswegen zu erhöhen, weil es Kunden gebe, die mehr als ein Zahlungsmittel (Wechsel zwischen Barzahlung und (Kredit-)Karteneinsatz; Wechsel zwischen verschiedenen Karten) einsetzen. Es sei im Rahmen der nach § 287 Abs. 2 ZPO erfolgenden Schätzung nicht förderlich, die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs, dessen Bemessung nach § 89b Abs. 1 HGB ohnehin durch Gesichtspunkte der Billigkeit und Angemessenheit bestimmt werde, mit immer weiteren kleinteiligen und peniblen Berechnungen zu belasten.

11 Mangels ausreichender Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen sei der Verlustprognose nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB [aF] eine Abwanderungsquote von jährlich 20 % zugrunde zu legen. Hieraus errechne sich in einem insgesamt fünfjährigen Abwanderungszeitraum ein Gesamtprovisionsverlust von $20\% + 40\% + 60\% + 80\% = 200\%$.

12 Der vom Landgericht vorgenommene Billigkeitsabzug (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB [aF]) von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke A. sei

nicht zu beanstanden. Es gebe nach wie vor eine Vielzahl von Kunden, deren Kaufentschluss bei den "großen" Mineralölmarken wegen einer besonderen Qualitätserwartung positiv beeinflusst wurde. Weitere Abzüge oder Zuschläge unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit - etwa weil die Gesamthöhe des Ausgleichsanspruchs angesichts der kurzen Vertragslaufzeit nicht unerheblich erscheine - seien nicht gerechtfertigt.

- 13 Die vom Landgericht nach den Barwertfaktoren von Gillardon vorgenommene Abzinsung sei sachgerecht. Zuzüglich 16 % Umsatzsteuer ergebe sich danach ein dem Kläger zustehender Ausgleichsbetrag in Höhe von 100.613,07 €, von dem unstreitige Gegenansprüche der Beklagten in Höhe von 5.000 € in Abzug zu bringen seien.

II.

- 14 Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. Bei der Ermittlung des dem Kläger nach § 89b Abs. 1 HGB zustehenden Ausgleichsanspruchs hat das Berufungsgericht einige für die Schätzung des Stammkundenanteils (§ 287 Abs. 2 ZPO) bedeutsame Aspekte außer Acht gelassen. Das Berufungsurteil war daher auf die Revisionen beider Parteien aufzuheben.

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

(§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB), der Höhe nach identisch sind mit den Provisionsverlusten, die der Kläger infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses erleidet (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF bzw. § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB in der seit 5. August 2009 geltenden Neufassung). Dass die der Beklagten verbleibenden Vorteile höher zu bewerten wären, macht auch der Kläger nicht geltend. Die in Umsetzung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 26. März 2009 (Rs. C-348/07, EuZW 2009, 304 - Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH) erfolgte Neufassung des § 89b Abs. 1 Satz 1 HGB bleibt damit für den Streitfall ohne Auswirkungen. Denn der Ausgleich wird nach wie vor durch die Höhe der dem Unternehmer verbleibenden Vorteile begrenzt (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB nF). Nur das bislang in Nr. 2 gesondert aufgeführte Tatbestandsmerkmal (Provisionsverluste des Handelsvertreters infolge Vertragsbeendigung) ist gestrichen worden und findet sich nun lediglich als ein bei der Billigkeitsabwägung zu berücksichtigender Gesichtspunkt wieder (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB nF).

16 2. Rechtsfehlerfrei und von den Parteien nicht beanstandet hat das Berufungsgericht von der so ermittelten Jahresprovision 15 % in Abzug gebracht. Die Parteien haben sich im Verlauf des Rechtsstreits darauf verständigt, dass der Kläger infolge der Schließung einer nahe gelegenen Tankstelle in diesem Umfang Altkunden gewinnen konnte, die entsprechende Umsätze bei ihm getätigt haben.

17 3. Das Berufungsurteil hat auch Bestand, soweit es die als Bemessungsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch herangezogene (um den Altkundenbestand bereinigte) Jahresprovision um einen Verwaltungsanteil von 10 % gekürzt hat. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu le-

gen sind, die der Tankstellenhalter als Handelsvertreter für seine ("werbende") Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit enthält, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde ("verwaltende") Tätigkeiten (Senatsurteile vom 12. September 2007, aaO, Tz. 49; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 2 und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter II 1, 2; jeweils m.w.N.). Die Parteien haben keine wirksame Vereinbarung darüber getroffen, in welchem Umfang auch verwaltende Tätigkeiten von der gezahlten Provision erfasst sind. Denn die in § 5 Abs. 4 Satz 2 des Tankstellenvertrags vom 5./7. Oktober 1999 getroffene Regelung, nach der 50 % der Gesamtvergütung auf Tätigkeiten des Tankstellenpächters mit verwaltendem Charakter entfallen soll, ist, wie das Berufungsgericht zutreffend beurteilt hat, wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB nichtig (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter B II 2 a; BGHZ 152, 121, 133 ff.). Für die Bestimmung der bei der Bemessung eines Handelsvertreterausgleichs zu berücksichtigenden Provisionsanteile kommt es folglich auf das tatsächliche Verhältnis zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit an.

- 18 a) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, der Kläger habe mit seiner Behauptung, keine der ihm vergüteten Tätigkeiten habe ausschließlich fremdverwaltenden Zwecken gedient, nicht der ihm obliegenden (primären) Darlegungslast genügt. Angesichts der vielen Einzeltätigkeiten, die der Kläger auszuüben gehabt habe, sei es nicht nachvollziehbar, in sich unstimmig und letztlich unzutreffend, dass insoweit keine ausschließlich verwaltende Tätigkeit angefallen sei. Dies begegnet rechtlichen Bedenken. Zwar ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, dass grundsätzlich der einen Ausgleichsanspruch geltend machende Kläger die Darlegungs- und Beweislast für dessen Voraussetzungen und damit auch dafür trägt, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsanteile zugrunde liegen, die auf seine werbende Tätigkeit entfallen (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO,

m.w.N; BGH, Urteil vom 28. April 1988 - I ZR 66/87, NJW-RR 1988, 1061, unter II 2 b). Wenn aber - wie hier - in dem von der Beklagten vorgegebenen Vertrag nicht wirksam geregelt ist, in welchem Umfang mit den Provisionen bestimmte Tätigkeiten vergütet werden, obliegt es der Beklagten, im Einzelnen darzutun, welche Aufteilung der Provision nach dem Vertrag angemessen ist, falls sie von der Beurteilung ihres Vertragspartners abweichen will (vgl. Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO; vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66, unter B I 3 und VIII ZR 91/96, juris, B I 1 c; BGH, Urteil vom 28. April 1988, aaO). Anders als das Berufungsgericht meint, hat der Kläger seiner Darlegungslast dadurch genügt, dass er darauf verwiesen hat, alle von ihm erbrachten verwaltenden Tätigkeiten seien zumindest auch werbender Natur gewesen und daher nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht als vermittlungsfremde Tätigkeiten einzustufen. Wie der Senat entschieden hat, sind sämtliche mit der Lagerhaltung, der Auslieferung und dem Inkasso zusammenhängenden Arbeiten untrennbar mit der Vermittlungs- und Abschlussstätigkeit des Tankstellenhalters verbunden und rechtfertigen daher keinen Abschlag für verwaltende Tätigkeiten (vgl. etwa Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter II 2 b; vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821, unter B III 1 a; jeweils m.w.N.).

19 Da somit die Tätigkeit eines Tankstellenhalters überwiegend werbender Natur ist, ist nicht von vornherein auszuschließen, dass der hierin eingeschlossene Fremdverwaltungsanteil gering anzusetzen oder sogar insgesamt zu vernachlässigen ist. Dies mag zwar - wie das Berufungsgericht zutreffend zu bedenken gibt - angesichts dessen, dass die Tankstellenhalter bislang überwiegend einen Fremdverwaltungsanteil von 10 % zugestanden haben, wenig wahrscheinlich sein, nimmt aber dem Vortrag des Klägers nicht die Schlüssigkeit. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist es daher Aufgabe der

Beklagten, den von ihr behaupteten Verwaltungsanteil (10 %) darzulegen und nachzuweisen.

20 b) Das Berufungsgericht hat jedoch den vorgenommenen Abschlag für Verwaltungstätigkeiten in Höhe von 10 % nicht ausschließlich auf diese - rechtlich angreifbaren - Erwägungen gestützt, sondern im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt, der Verwaltungsanteil an den Tätigkeiten des Klägers sei jedenfalls nach § 287 Abs. 2 ZPO auf 10 % zu schätzen. Dies hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens. Zwar weisen die von der Beklagten angeführten Tätigkeiten (Verwaltung der Bargeldbestände und Preismeldungen) noch einen untrennbaren Bezug zu der werbenden Tätigkeit des Tankstellenpächters auf. Denn die Verwaltung und Sicherung der Bargeldbestände gehört im weitesten Sinne noch zur Inkassotätigkeit. Die Kontrolle und Meldung von Preisänderungen bei den umliegenden Tankstellen dritter Anbieter, ist ebenfalls zu der werbenden Tätigkeit des Tankstellenhalters zu zählen. Dieser ist darauf angewiesen, dass sein Vertragspartner umgehend auf Preisenkungen der Konkurrenz reagiert, denn nur so kann er einer Abwanderung der Tankkunden zu Anbietern mit günstigeren Angeboten begegnen. Anders verhält es sich dagegen mit der vom Berufungsgericht angeführten, dem Kläger nach § 2 des Tankstellenvertrags vom 5./7. Oktober 1999 übertragenen Buchführungspflicht. Diese spielt für die Werbung des Kundenstammes keine entscheidende Rolle (vgl. zu diesem Gesichtspunkt etwa Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 91/96, aaO, B I 1 b m.w.N.), sondern ist nur für die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche von Mineralölunternehmen und Tankstellenhalter von Bedeutung. Die vom Tankstellenhalter zur Erfassung der Geschäftsvorfälle erstellten Buchhaltungsunterlagen nehmen regelmäßig einen erheblichen Umfang ein und können aufgrund der darin enthaltenen detaillierten Angaben sogar einen Buchauszug nach § 87c Abs. 2 HGB entbehrlich machen (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 2008 - VIII ZR 205/05, NJW-RR 2009, 821,

Tz. 21 ff.). Angesichts des erheblichen Geschäftsaufkommens an der ehemaligen Tankstelle des Klägers ist die dem Kläger obliegende Buchhaltungstätigkeit weder vom zeitlichen Aufwand noch von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung her als gering einzustufen. Berücksichtigt man mit dem Berufungsgericht weiter, dass viele Tankstellenhalter einen Verwaltungsanteil von 10 % eingeräumt haben und im Streitfall keine hiervon abweichenden Besonderheiten vorgetragen oder ersichtlich sind, hält sich der Ansatz eines Verwaltungsanteils von 10 % auch dann noch im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung nach § 287 Abs. 2 ZPO, wenn man die Bargeldverwaltungs- und Preismeldungspflichten des Klägers nicht zu den vermittlungsfremden Tätigkeiten zählt.

21 4. Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs von der letzten Jahresprovision 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 (st. Rspr., Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 171/08, DB 2009, 2038, Tz. 16; vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 159/07, VersR 2009, 355, Tz. 35; vom 12. September 2007, aaO, Tz. 22; jeweils m.w.N.). Stammkunde einer Tankstelle ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur derjenige, der wenigstens einmal im Quartal an der Tankstelle seinen Kraftstoffbedarf deckt, sondern jeder, der dort mindestens viermal im Jahr tankt, ohne dass es darauf ankommt, wie sich die Tankvorgänge auf die Quartale verteilen (Senatsurteile vom 15. Juli 2009, aaO, und vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 34 f.). Beim vierten Tanken innerhalb eines Jahres ist - unabhängig davon, ob dies in gleichmäßigen Zeitabständen geschieht oder vier Tankvorgänge in engem zeitlichen Zusammenhang zu verzeichnen sind - in der Regel die Annahme berechtigt, dass der Kunde die Tankstelle nicht nur zufällig, sondern gezielt zum wiederholten Male aufgesucht hat und dementsprechend eine Bindung des

Kunden an die Tankstelle besteht (Senatsurteile vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 40, und vom 12. September 2007, aaO, Tz. 42). Die Revision der Beklagten, die einen gegenteiligen Standpunkt einnimmt, übersieht, dass eine (nachhaltige) Geschäftsverbindung im Sinne von § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB auch dann entstehen kann, wenn sich ein Kunde nicht dauerhaft im räumlichen Einzugsbereich der Tankstelle aufhält und deshalb dort nicht in gleichmäßigen zeitlichen Abständen tankt, sie aber immer dann aufsucht, wenn er sich in ihrem Umkreis befindet, und dies - wenn auch in ungleichen zeitlichen Abständen oder nur in einem der vier Quartale - wenigstens viermal im Jahr geschieht (Senatsurteil vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 16).

22 5. Das Berufungsgericht durfte ferner, anders als die Revision der Beklagten meint, ungeachtet der oben (unter 4) dargelegten, relativ niedrigen Anforderungen an die Tankhäufigkeit zur Begründung der Stammkundeneigenschaft die Abwanderungsquote ohne Verstoß gegen §§ 286, 287 ZPO auf 20 % pro Jahr schätzen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 17, und vom 12. September 2007, aaO, Tz. 50; jeweils m.w.N.) liegt die Annahme einer solchen Abwanderungsquote auch bei einer Tankstelle, bei der die Stammkundeneigenschaft durch nur vier Tankvorgänge im Jahr begründet wird, im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 2 ZPO), wenn ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen während der Vertragszeit nicht vorliegen.

23 Solche hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen. Die Beklagte geht davon aus, dass Kunden, die viermal im Jahr dieselbe Tankstelle aufsuchen, eher abwandern als Kunden mit einer höheren Tankfrequenz. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße, auf keine tragfähigen Anhaltspunkte gestützte Vermutung. Dagegen spricht schon, dass die geringe Tankhäufigkeit auch darauf zurückzuführen sein kann, dass die betreffenden Kunden

insgesamt einen geringen Kraftstoffbedarf haben, weil sie wenig fahren, oder dass sie sich nur unregelmäßig in der Region aufhalten, die die Tankstelle bedient (Senatsurteil vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 17). Soweit die Beklagte weiter geltend macht, im Rahmen der vorgenommenen Auswertung der Kundendaten seien gehäuft Fälle festgestellt worden, bei denen sich die vier Tankvorgänge des betroffenen Kunden auf eine kurze Zeitspanne am Beginn des Abrechnungszeitraums konzentriert hätten, rechtfertigt auch dies - entgegen der Annahme der Beklagten - nicht die Schlussfolgerung, der Kunde sei bereits abgewandert. Bei Kunden, die - etwa aus beruflichen Gründen - die Gegend, in der die Tankstelle gelegen ist, immer nur zu einer bestimmten Jahreszeit aufsuchen, konzentrieren sich die Tankvorgänge zwangsläufig auf einen kurzen Zeitraum innerhalb der jeweiligen Abrechnungsperiode.

24 6. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Ermittlung des Stammkundenumsatzanteils der Barkunden der Klägerin.

25 a) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteile vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 19, und vom 12. September 2007, aaO, Tz. 28 m.w.N.) kann der Stammkundenumsatzanteil der Barzahler im letzten Vertragsjahr auf der Grundlage des Stammkundenumsatzanteils des Teils der Kunden, die mit Kreditkarten oder vergleichbaren Karten (z.B. EC-Karten) bezahlen, geschätzt werden (§ 287 ZPO). Deren Tankvorgänge werden elektronisch nach Kartennummern erfasst und können deshalb daraufhin ausgewertet werden, ob mit ein und derselben Karte in einem bestimmten Zeitraum mehrfach getankt wurde, so dass sich der Umsatzanteil der Mehrfachkunden (Stammkunden) am Gesamtumsatz der Kartenkundschaft für einen bestimmten Zeitraum errechnen lässt. Der sich so ergebende Stammkundenumsatzanteil innerhalb der Kartenkunden kann hochgerechnet werden 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. Davon geht auch das Berufungsgericht zutreffend aus.

26 b) Das Berufungsgericht hat es jedoch abgelehnt, zwischen den verschiedenen Kartenarten zu differenzieren, und hat deswegen der Hochrechnung unterschiedslos sämtliche Kartenumsätze zugrunde gelegt, also sowohl die Umsätze mit EC-Karten und Kreditkarten als auch solche mit verschiedenen Tankkarten (mit Ausnahme von Stationskarten). Dabei hat es angenommen, es gebe keine in den Verhältnissen der Tankstelle der Klägerin begründeten Anhaltspunkte dafür, dass die aus allen Kartenumsätzen gewonnenen Erkenntnisse über Mehrfachkunden keine geeignete Schätzungsgrundlage für den Stammkundenumsatzanteil der Barzahler darstellten. Dies ist nicht frei von Rechtsfehlern (§§ 286, 287 ZPO). Die Revision der Beklagten macht zu Recht geltend, dass die Beklagte entsprechende Anhaltspunkte in den Instanzen vorgetragen hat, die das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen.

27 aa) Schon vor dem Landgericht hat die Beklagte vorgetragen, Kartenzahler wiesen sowohl untereinander als auch im Vergleich zu Barkunden erhebliche Unterschiede im Tankverhalten auf. Zur Begründung ihrer Annahme, selbst bei Kartenkunden sei kein einheitliches oder im wesentlichen gleichförmiges Kaufverhalten festzustellen, hat sie den Stammkundenanteil verschiedener Kartengruppen am Gesamtumsatz der Tankstelle des Klägers näher aufgeschlüsselt. Bezogen auf den damals noch von ihr eingenommenen Standpunkt, die Stammkundeneigenschaft werde erst durch acht Tankvorgänge pro Jahr begründet - hat sie dargelegt, an der ehemaligen Tankstelle des Klägers liege der Stammkundenumsatzanteil von EC-Kartenkunden bei 32,53 %, von T+E-Kartenkunden (hierzu zählt die Beklagte die Inhaber aller "klassischen" Kreditkarten) bei 42,81 % und von Tankkarteninhabern bei 32,04 %, während der Stammkundenumsatzanteil von A. -Karteninhabern mit 64,53 % deutlich

höher liege. Bei den Routex- und WestfalenCard-Kunden hat die Beklagte nach ihrem Vorbringen keine Stammkunden ermitteln können.

28 Gleichzeitig hat sie vorgetragen, dass Tankkartenkunden einen durchschnittlichen Absatz pro Tankvorgang von 86,25 l aufwiesen und A. -Karteneinhaber immerhin durchschnittlich noch 51,15 l pro Tankvorgang abnehmen, während die durchschnittliche Absatzmenge bei EC- und T+E-Kreditkartenkunden lediglich zwischen 36,78 l und 46,49 l pro Tankvorgang liege und bei den Barumsätzen sogar nur 24,18 l betrage. Daraus hat sie zu Recht den Schluss gezogen, dass Tankkarten überwiegend von gewerblichen Großkunden (Lkw-Fahrer) eingesetzt werden, während der Durchschnittsumsatz bei Barzahlern auf private Kunden mit niedrigerem Bedarf (Pkw-Fahrer) hindeutet.

29 In der Berufungsinstanz hat die Beklagte - nunmehr ausgehend von einem Stammkundenumsatz bei vier Tankvorgängen pro Jahr - geltend gemacht, der Stammkundenumsatzanteil von EC-Karteneinhabern und T+E-Kreditkarteneinhabern liege zwischen 54,44 % und 59,03 %, bei A. -Karten liege er aber deutlich höher (76,27 %), während er bei Tankkarteneinhabern nur 45,49 % betrage. Unter den Inhabern von Routex-Karten und WestfalenCards seien erneut keine Stammkunden feststellbar gewesen. Der durchschnittliche Literabsatz pro Tankvorgang sei - bei Außerachtlassung der Routex-Karten und WestfalenCards - auch bei dieser Berechnung bei Tankkarteneinhabern (86,51 l) und A. -Karten (51,23 l) am höchsten, während er bei Barzahlern (24,29 l) noch geringer sei als bei EC-Karteneinhabern (36,79 l) und T+E-Kreditkarteneinhabern (44,24 l).

30 Aus diesem Vortrag ergeben sich deutliche Hinweise darauf, dass es sich insbesondere bei den Tankkarteneinhabern und A. -Karteneinhabern an der ehemaligen Tankstelle des Klägers um solche Kunden handelt, die ihrer Art

nach nicht mit derselben Häufigkeit und in demselben Umfang, wie sie die Karten als Zahlungsmittel einsetzen, auch Bargeschäfte tätigen. Bei den Tankkarten- und A. -Card-Kunden ist aufgrund der Absatzmenge pro Tankvorgang der Schluss gerechtfertigt, dass es sich dabei vielfach um geschäftliche Kunden handelt, wobei diese Karten mit hoher Wahrscheinlichkeit von Lkw-Fahrern eingesetzt werden dürften. Es ist naheliegend, dass Lkw-Fahrer von ihren Arbeitgebern ganz überwiegend mit Tankkarten ausgestattet werden, damit sie damit verbundene Vergünstigungen in Anspruch nehmen können, kein Bargeld benötigen und die Abrechnung unmittelbar im Verhältnis zum Arbeitgeber erfolgen kann. Fahrer, die aus diesem Grund über eine Tankkarte verfügen, werden diese in der Regel auch nutzen (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 23). Bei den Inhabern von A. -Karten kommt noch die damit verbundene hohe Markenbindung hinzu. Dies dürfte erklären, weshalb der Anteil an Stammkunden bei dieser Kundengruppe deutlich höher liegt als bei den Inhabern "klassischer" Kreditkarten oder EC-Karten.

31 Dass sich unter den Barzahlern eine ähnliche Anzahl von geschäftlichen Kunden, insbesondere von Lkw-Fahrern befindet, die keine Tankkarte besitzen, aber hinsichtlich ihres Tankverhaltens den A. -Cardinhabern, und sonstigen Tankkartenkunden vergleichbar sind, ist angesichts der Tatsache, dass die Absatzmenge pro Tankvorgang bei Barzahlern im Durchschnitt signifikant niedriger ist, unwahrscheinlich. Dazu bedarf es deshalb jedenfalls näherer Feststellungen, ob es auch bei den Barumsätzen an der Tankstelle des Klägers Absatzmengen pro Tankvorgang gibt, die darauf schließen lassen, dass sich unter den Barkunden in vergleichbarer Menge LKW-Fahrer befinden, die hinsichtlich ihres Tankverhaltens den A. -Card- und sonstigen Tankkartenkunden entsprechen.

- 32 Anders als das Berufungsgericht meint, sind entsprechende Feststellungen nicht deshalb entbehrlich, weil es nur um das Schaffen einer Schätzungsgrundlage im Sinne von § 287 ZPO geht. Es muss gleichwohl das Ziel sein, die Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an die tatsächlichen Verhältnisse der konkreten Tankstelle weitestgehend anzunähern, soweit dies im Wege einer elektronischen Auswertung der vorhandenen Daten möglich ist (Senatsurteile vom 15. Juli 2009, aaO, Tz. 25; vom 12. September 2007, aaO, Tz. 28; vgl. auch Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter B I 1 b aa, und VIII ZR 158/01, aaO, unter II 1 b dd; jeweils m.w.N.).
- 33 bb) Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten ist allerdings kein Grund ersichtlich, die Basis für die Hochrechnung der Stammkundenumsatzanteile von Kartenkunden auf diejenigen von Barzahlern an der Tankstelle des Klägers von vornherein auf EC-Kartenkunden zu verengen und dabei auch die Inhaber von "klassischen" Kreditkarten (nach dem Sprachgebrauch der Beklagten handelt es sich hierbei um T+E-Karten) außer Betracht zu lassen. Bei diesen beiden Kundengruppen sind nach dem eigenen Vortrag der Beklagten im Berufungsverfahren die Abweichungen bei den Stammkundenumsatzanteilen (54,44 % und 59,03 %) und beim durchschnittlichen Absatz pro Tankvorgang (36,79 l und 44,24 l) weitaus geringer als die Unterschiede zwischen EC-Kartenkunden und den Inhabern sonstiger Kreditkarten/Tankkarten. Die Inhaber von EC-Karten und "klassischen" Kreditkarten weisen zudem - ebenso wie Barzahler und anders als Kunden mit einer Tankkarte eines Mineralölunternehmens - nicht schon von vornherein eine höhere Bindung an Tankstellen einer bestimmten Marke auf. Dafür, dass unter den Inhabern von "klassischen" Kreditkarten eine weitaus höhere Anzahl von Stammkunden als bei Barzahlern vorhanden ist, hat die Beklagte keine tragfähigen Anhaltspunkte vorgetragen. Sie hat lediglich vorgebracht, Gewerbekunden schätzten bei Tank- und Kredit-

karten den Vorteil der einheitlichen Abrechnung. Daraus lässt sich aber noch nicht ableiten, dass gerade diese Kunden der ehemaligen Tankstelle des Klägers den Stammkundenanteil bei den Inhabern "klassischer" Kreditkarten signifikant erhöhten. Der Kläger will zwar Gewerbekunden aus der Umgebung für die Tankstelle geworben haben. Es fehlen aber Angaben dazu, um wie viele Kunden es sich hierbei handelte und welcher Anteil von ihnen zu Stammkunden des Klägers wurde. Der Annahme der Beklagten, bei solchen Kartenzählern bestehe eine höhere Bindung an die Tankstelle als bei Barzahlern, steht bereits entgegen, dass der Stammkundenanteil bei Kreditkarteninhabern (59,02 %) nicht signifikant höher ist als bei EC-Kartenkunden (54,44 %). Zwischen EC-Karteninhabern und Barzahlern sieht aber selbst die Beklagte keine bedeutsamen strukturellen Unterschiede.

34 c) Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, bei so genannten Flotten- und Firmenkundenkarten sei für die Beurteilung der Stammkundeneigenschaft auf die einzelne Karte abzustellen und nicht auf den Großkunden, der mehrere Karten für seine Fahrer oder Fahrzeuge einsetzt. Die Besonderheiten bei diesen Karten besteht darin, dass ein Unternehmen für seinen Fuhrpark Tankkarten beziehen und diese entweder fahrzeuggebunden (Karte kann von wechselnden Fahrern für das in der Karte bezeichnete Fahrzeug benutzt werden) oder personengebunden (Karte lautet auf einen bestimmten Fahrer, der damit verschiedene Fahrzeuge betankt) einsetzen kann.

35 aa) Dies ändert aber nichts daran, dass bei dem Einsatz von Flotten- oder Firmenkarten das Unternehmen Vertragspartner der Tankstelle wird. Zunächst kommt zwischen dem Unternehmen und der Kartengesellschaft (Mineralölunternehmen) ein Rahmenvertrag zustande; wird die Karte bei einem Tankvorgang als Zahlungsmittel verwendet, wird zwischen dem Unternehmen als Karteninhaber und dem durch den Tankstellenhalter vertretenen Mineralöl-

unternehmen ein Kaufvertrag über die bezogene Kraftstoffmenge abgeschlossen (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter I 1 c). Bei dem Einsatz der ihnen zur Verfügung gestellten Karte handeln die Fahrer ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Unternehmens. Letztlich stellt sich die Sachlage nicht viel anders dar, als wenn der Unternehmer selbst mit seinen Fahrzeugen bei der Tankstelle vorfährt.

36 bb) Die Zuordnung der von verschiedenen Fahrern oder für verschiedene Fahrzeuge eingesetzten Flottenkarten zum jeweiligen Unternehmen als Karteninhaber bereitet nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Vortrag des Klägers auch keine besonderen Schwierigkeiten. Denn die Nummern der eingesetzten Karte bestehen aus drei jeweils sechsstelligen Ziffernfolgen. Dabei bezeichnen die ersten sechs Ziffern die Art der Karte, die zweiten sechs Ziffern kennzeichnen das Unternehmen, während die letzten sechs Ziffern den jeweiligen Fahrer (personengebundene Karten) oder das jeweilige Fahrzeug (fahrzeuggebundene Karten) ausweisen.

37 7. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts der durch Auswertung der gespeicherten Kartennummern bei Kartenzahlern ermittelte - und im Wege der Schätzung auch auf Barkunden zu übertragende - Stammkundenumsatzanteil sei nicht mit einem Zuschlag zu versehen, um dem vom Kläger geltend gemachten wechselnden Zahlungsverhalten von Kartenkunden und einer damit möglicherweise verbundenen Fehlerquote bei der Ermittlung des Stammkundenumsatzanteils Rechnung zu tragen. Im Revisionsverfahren ist zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass Kunden, die eine Tankstelle häufiger aufsuchen, zur Bezahlung nicht nur eine bestimmte Karte einsetzen, sondern zwischen verschiedenen Karten wechseln oder zeitweise bar bezahlen. Es ist daher davon auszugehen, dass bei der ehemaligen Tankstelle des Klägers Kunden im letzten Vertragsjahr zwar vier Tankvorgänge

getätigt haben, dabei aber nicht immer mit derselben Karte zahlten, sondern teilweise verschiedene Karten einsetzten oder auch in bar bezahlten, so dass diese - nur aufgrund ihrer Kartennummern identifizierten - Kunden nicht als Stammkunden erkannt werden konnten.

38

a) Das Berufungsgericht will diesen Gesichtspunkt bereits deswegen außer Acht lassen, weil es bei der Hochrechnung des Verhaltens von Kartenkunden auf den Gesamtumsatz nicht nur um Genauigkeit, sondern auch um die Praktikabilität der Stammkundenermittlung gehe. Mit dieser Erwägung überschreitet das Berufungsgericht den ihm eingeräumten tatrichterlichen Ermessensspielraum. Zwar nimmt die Vorschrift des § 287 Abs. 2 ZPO in Kauf, dass die richterliche Schätzung unter Umständen nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt (vgl. Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 31 m.w.N.). Ziel einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO muss es gleichwohl sein, wenigstens eine an die konkrete Situation der betroffenen Tankstelle angenäherte Ermittlung des Stammkundenumsatzanteils zu erreichen (Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 28, 31). Dies lässt sich weitgehend anhand einer Auswertung der elektronisch erfassten Zahlungsvorgänge und einer anschließenden Hochrechnung des hierbei festgestellten Stammkundenumsatzanteils an den Kartenkunden auf die Stammkundenquote am Gesamtumsatz erreichen. Aber auch bei einer solchen Schätzung werden Detailfragen auftreten, die sich allein durch eine Auswertung der an der betroffenen Tankstelle elektronisch erfassten Daten nicht beantworten lassen (vgl. hierzu auch Senatsurteile vom 12. September 2007, aaO, Tz. 28, und vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 58/00, aaO, unter B I 1 b aa). Daher ist im Rahmen der tatrichterlichen Schätzung auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine nur auf Kartennummern basierende Feststellung von Stammkartenkunden erheblich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen kann. Eine entsprechende Korrektur des ermittelten Stammkundenumsatzanteils setzt allerdings voraus, dass tatsächli-

che Feststellungen getroffen werden können, die eine Schätzung der Anzahl derjenigen Kunden (oder des auf sie entfallenden Umsatzes) erlauben, die wegen ihres wechselnden Zahlungsverhaltens nicht als Stammkunden erkannt worden sind (vgl. Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 43).

39 b) Die Möglichkeit solcher tatsächlicher Feststellungen ist nicht von vornherein auszuschließen. Dass der Senat im Rahmen des § 287 Abs. 2 ZPO der Auswertung der an der konkreten Tankstelle elektronisch erfassten Zahlungsvorgänge als individuellere Schätzungsgrundlage den Vorzug vor Repräsentativbefragungen gegeben hat (vgl. etwa Senatsurteil vom 12. September 2007, aaO, Tz. 31 m.w.N), bedeutet nicht, dass auf solche Erhebungen dann nicht zurückgegriffen werden kann und darf, wenn ernsthaft zu befürchten steht, dass die Auswertung der konkreten elektronischen Daten zu einem deutlich verfälschten Bild führt.

40 (1) Der Kläger hat im Berufungsverfahren eine "statistische Erhebung zur Untersuchung des Bezahlverhaltens von Tankkunden", Stand 6. Mai 2008, vorlegt (Anlage K 38 zum Schriftsatz vom 25. Mai 2007 - DOCUM-Studie). Grundlage dieser Studie sind die seit 2005 erhobenen Kassendaten von 33 Tankstellen im Bundesgebiet, die allerdings - anders als die vom Kläger betriebene Tankstelle - die Besonderheit aufweisen, dass auch die Kartennummern von Bonuskarten aufgezeichnet werden, so dass sich ein Kunde auch dann als Stammkunde identifizieren lässt, wenn er unterschiedliche Zahlungsmittel im Wechsel einsetzt.

41 (2) Angesichts dieser Besonderheiten hat das Berufungsgericht zu Recht die Frage aufgeworfen, ob sich die Erkenntnisse dieser Studie auf die konkreten Verhältnisse an der vom Kläger gepachteten Tankstelle übertragen lassen. Zweifel an einer ungefilterten Übertragung des von der DOCUM-Studie gefun-

denen Ergebnisses sind deswegen angebracht, weil - worauf die Revisionserwiderung der Beklagten zutreffend hinweist - bei Inhabern von Bonuskarten mit großem und häufigen Kraftstoffbedarf ("Vielfahrer") ein besonderer Anreiz vorhanden ist, möglichst hohe Umsätze bei einer an dem Bonussystem teilnehmenden Tankstelle zu tätigen. Schon aus diesem Grunde kann die von der DOCUM-Studie festgestellte außergewöhnlich hohe Quote der Stammkunden mit wechselndem Zahlungsverhalten am erzielten Gesamtumsatz (etwa 55 % des Umsatzes sollen auf die 25 % der Kunden entfallen, die sich durch ein wechselndes Bezahlverhalten auszeichnen) nicht ohne weiteres auf die vom Kläger gepachtete Tankstelle übertragen werden. Diese Unsicherheiten setzen sich in dem in der genannten Auswertung in Ansatz gebrachten "Bereinigungs-faktor" von 30,62 % (S. 14 der Studie) fort, der in einer weiteren Auswertung vom 16. Mai 2008 (Anlage K 37 zum Schriftsatz vom 27. Mai 2008) auf die Verhältnisse in der vom Kläger betriebenen Tankstelle mit dem Ergebnis übertragen worden ist, dass der ursprünglich ermittelte Gesamtstammkundenanteil am Umsatz von 66,10 % auf 76,48 % zu erhöhen sei (Seite 1, 5 und 7 dieser Auswertung). Hinzu kommt, dass der Kläger in der Revisionsinstanz eine aktualisierte statistische Erhebung (Stand 8. Oktober 2008) vorgelegt hat, die auf der Auswertung von Zahlungsvorgängen bei zwischenzeitlich 58 an das Bonuskartensystem angeschlossenen Tankstellen beruht. Die Anzahl der das Zahlungsmittel wechselnden Kunden wurde nun mit nur 16 % (anstatt wie früher mit 25 %) beziffert. Dieses Datenwerk ist jedoch in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen (§ 559 Abs. 1 ZPO).

42 (3) Der in der Berufungsinstanz vorgelegten Studie lassen sich aber trotz aller Bedenken immerhin deutliche Hinweise darauf entnehmen, dass der Anteil der Stammkunden mit wechselnden Zahlungsverhalten an der Gesamtzahl der Stammkunden nicht unerheblich sein dürfte. Das Berufungsgericht wird daher - gegebenenfalls nach ergänzendem und erläuterndem Sachvortrag der

Parteien - zu prüfen haben, ob sich in einem weiteren Schritt im Wege der Schätzung ermitteln lässt, welcher Anteil am Gesamtumsatz auf eine solche Anzahl bislang nicht hinreichend erfasster Stammkunden des Klägers entfällt.

43 8. Ohne Erfolg wenden sich beide Revisionen gegen den vom Berufungsgericht vorgenommenen Billigkeitsabzug in Höhe von 10 %. Der Kläger hält keinerlei Abschläge für gerechtfertigt, während die Beklagte den Abschlag als nicht ausreichend ansieht. Die Bemessung des Billigkeitsabzugs durch das Berufungsgericht ist jedoch nicht zu beanstanden.

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

ne Schätzung maßgeblichen Umständen getroffen hat. Ausgehend von diesen Maßstäben lassen die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen keine Rechtsfehler erkennen. Das gefundene Ergebnis hält sich in den Grenzen des tatrichterlich Vertretbaren.

45 b) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Billigkeitsabschlag von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke A. gerechtfertigt. Hierbei hat es sich von der Erwägung leiten lassen, es gebe eine Vielzahl von Kunden, deren Kaufentschluss bei den "großen" Mineralölmarken - hier A. - wegen einer besonderen Qualitätserwartung positiv beeinflusst werde. Die Größenordnung eines solchen Einflusses sei auf 10 % zu schätzen, zumal nicht erkennbar sei, dass diese in vielen "Tankstellenfällen" als sachgerecht empfundene Bemessung etwaigen Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung nicht gerecht werde. Für einen höheren Abschlag bestehe bei Abwägung aller Umstände kein Grund, auch nicht im Hinblick auf die von der Beklagten angeführte kurze Vertragsdauer.

46 c) Dem hält die Revision des Klägers vergeblich entgegen, das Berufungsgericht habe das ihm eingeräumte Ermessen nicht ausgeübt. Dies trifft nicht zu, denn das Berufungsgericht hat zutreffend und fallbezogen berücksichtigt, dass Kunden mit so genannten A-Marken - hierzu gehört die Marke A - besondere Anforderungen an die Qualität des ausgegebenen Kraftstoffs verbinden. Gegen eine solche, den Kaufentschluss beeinflussende Qualitätserwartung spricht nicht die von der Revision des Klägers angeführte Abwanderungsquote von jährlich 20 %. Sie erlaubt nicht den Rückschluss, dass für den Kunden die Auswahl der Marke nicht mitentscheidend für deren Kaufentschluss ist. Hiergegen spricht schon die Lebenserfahrung, wonach gut eingeführte und stark beworbene Marken in jedem Kaufsegment für bestimmte Kundenkreise eine größere Anziehungskraft besitzen als Discountmarken. Es findet damit ein

Wettbewerb zwischen dem teureren Markenprodukt und dem preisgünstigeren Discounterprodukt statt. Soweit der Kläger darauf verweist, die Höhe seiner Provisionsansprüche und damit auch des Ausgleichsanspruchs hänge im Wesentlichen von den verkauften Litermengen ab, die er nur bei zusätzlichem Vertrieb von markenfreiem (preiswerterem) Kraftstoff hätte erhöhen können, übersieht er, dass schon die mit dem Vertrieb des Markenprodukts erzielten Verkaufszahlen nicht allein auf seine Tätigkeit zurückgeführt werden können, sondern auch durch den Bekanntheitsgrad dieses Produkts und die hiermit verbundene Kundenerwartung mit beeinflusst worden sind.

47 d) Aber auch die Revision der Beklagten, die im Hinblick auf die nur zweieinhalbjährige Vertragslaufzeit einen höheren Billigkeitsabschlag fordert, bleibt ohne Erfolg. Denn auch eine relativ kurze Vertragsdauer darf bei der Billigkeitsabwägung im Regelfall nicht zum Nachteil des Handelsvertreters berücksichtigt werden (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 1996 - VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, unter B I 2 b m.w.N.). Dieser Umstand wirkt sich nämlich faktisch bereits deswegen zum Nachteil des Handelsvertreters aus, weil er bei kurzer Vertragsdauer üblicherweise noch keinen großen Kundenstamm werben konnte. Gesichtspunkte, die eine hiervon abweichende Beurteilung erlauben, zeigt die Revision der Beklagten nicht auf. Dem Umstand, dass der Kläger bei der Gewinnung von Stammkunden auf Altkunden der in der Nähe gelegenen früheren Tankstelle zurückgreifen konnte, haben die Parteien bereits durch den vereinbarten Abschlag von 15 % Rechnung getragen (oben unter 2). Die Revision der Beklagten kann daher zur Begründung ihres Standpunktes nur anführen, dass ein Handelsvertreter bei einer kurzen Vertragslaufzeit seine Einnahmen bei Zubilligung einer Jahresprovision deutlich erhöhen, unter Umständen sogar verdoppeln könne, und dass sich seine Leistungen im Wesentlichen im Offenhalten der Tankstelle erschöpften. Das Verhältnis von während der Vertragslaufzeit verdienten Provisionsansprüchen und dem auf der Grundlage der

letzten Jahresprovision zu bemessenden Ausgleichsanspruch ist jedoch schon deswegen kein im Rahmen der Billigkeitsabwägung zu prüfender Aspekt, weil der Anspruch nach § 89b Abs. 1 HGB ausschließlich dazu dient, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass dem Handelsvertreter künftig Provisionsansprüche entgehen, während dem Unternehmer die während der Vertragslaufzeit gewonnene Kundschaft zumindest teilweise verbleibt (Stammkunden). Soweit die Beklagte die Leistungen des Klägers - "Offenhalten" der Tankstelle - als eher untergeordnete Tätigkeiten bewertet, verkennt sie, dass gerade diese Tätigkeit die Provisionspflicht und damit auch einen Anspruch auf Handelsvertreterausgleich auslöst. Denn selbst wenn ein Kunde die Tankstelle zunächst allein wegen ihrer Lage, der Marke oder ihres Preises aufsucht, kann eine Geschäftsbeziehung zu dem Mineralölunternehmen nur dann zustande kommen, wenn der Tankstellenhalter die Tankstelle offen und betriebsbereit hält (vgl. Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO, unter B I 2 a, und VIII ZR 91/96, aaO, unter B I 2 e).

III.

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

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

Ball

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Bochum, Entscheidung vom 08.02.2006 - 13 O 104/03 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 25.08.2008 - 18 U 63/06 -