



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 173/04

Verkündet am:
22. März 2006
P o t s c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

HGB § 89 b

Zur Dauer des Prognosezeitraums und zur Ermittlung der Provisionsverluste im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Kraftfahrzeug-Vertragshändlers analog § 89 b HGB.

BGH, Urteil vom 22. März 2006 - VIII ZR 173/04 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Ball, Dr. Leimert und Dr. Frellesen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 24. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 30. April 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht dem Kläger über den ihm vom Landgericht zuerkannten Betrag hinaus einen weiteren Ausgleichsbetrag in Höhe von 52.468,21 € nebst Zinsen zugesprochen und als es die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, darüber, in welcher Höhe die Beklagte dem Kläger im Zusammenhang mit der Beendigung eines Vertragshändlerverhältnisses Schadensersatz analog § 89a HGB und Ausgleich analog § 89b HGB schuldet, ferner, ob der Kläger für die

Aufbewahrung von der Beklagten nicht rechtzeitig zurückgenommener Ersatzteile Lagerkosten beanspruchen kann.

- 2 Der Kläger war von 1979 bis zum 30. Juni 1993 als Vertragshändler für die Beklagte, die deutsche Alleinimporteurin von Fahrzeugen des japanischen Automobilherstellers M. , tätig. Das Vertragsverhältnis endete durch außerordentliche Kündigung des Klägers zum 30. Juni 1993, nachdem die Beklagte zuvor im April 1993 eine unberechtigte außerordentliche Kündigung zum 30. Juni 1993 ausgesprochen und sich geweigert hatte, den Kläger über den 30. Juni 1993 hinaus mit M. -Neufahrzeugen zu beliefern. Mit der im Juli 1994 erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte auf Ersatz des Kündigungsschadens für den Zeitraum vom 1. Juli 1993 bis zum 30. April 1994, den er auf 133.802,76 € (261.695,45 DM) beziffert, ferner auf Zahlung eines Ausgleichsbetrags in Höhe von 110.747,66 € (216.603,59 DM) sowie auf Zahlung eines weiteren Betrages von zunächst 43.833,25 € (85.730,38 DM) in Anspruch genommen, letzteren Zug um Zug gegen Aushändigung bestimmter Ersatz- und Zubehörteile sowie Spezialwerkzeuge. Das Landgericht hat der Klage durch rechtskräftiges Teil- und Grundurteil vom 21. Februar 1995 dem Grunde nach stattgegeben. Im Betragsverfahren hat es die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 26.500,58 € (51.830,63 DM), eines Ausgleichsbetrags von 19.248,25 € (37.646,30 DM) und eines weiteren Betrags von 24.748,77 € (48.404,40 DM), letzteren Zug um Zug gegen Aushändigung im einzelnen bezeichneter Ersatz- und Zubehörteile sowie Spezialwerkzeuge, verurteilt. Die weitergehende Klage hat es ebenso abgewiesen wie den vom Kläger im Betragsverfahren zusätzlich erhobenen Anspruch auf Ersatz von Lagerkosten in Höhe von 4.008,53 € (7.840 DM) für die Einlagerung der von der Beklagten zurückzunehmenden Ersatzteile.

3 Mit der Berufung hat der Kläger sein auf Zahlung von Schadensersatz, Ausgleich und Lagerkosten gerichtetes Klagebegehren weiterverfolgt, soweit es in erster Instanz erfolglos geblieben ist. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung weiterer 115.052,52 € – 62.584,31 € Schadensersatz und 52.468,21 € Ausgleich – verurteilt; im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

4 Die Beklagte hat gegen die Nichtzulassung der Revision Beschwerde eingelegt, soweit dem Kläger vom Berufungsgericht ein weiterer Ausgleichsbetrag von 52.468,21 € zuerkannt worden ist; daraufhin hat der Senat die Revision zugelassen. Mit der – nach ihrer Auffassung unbeschränkt zugelassenen – Revision hat die Beklagte zunächst insgesamt – auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs – die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Der Kläger hat Anschlussrevision eingelegt, mit der er den Schadensersatz und den Ausgleichsanspruch sowie den Anspruch auf Ersatz von Lagerkosten weiterverfolgt, soweit seine Berufung erfolglos geblieben ist. Die Beklagte hat ihren mit der Revision hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs gestellten Antrag vorsorglich zum Gegenstand einer Gegenanschließung gemacht. Vor Beginn der mündlichen Revisionsverhandlung hat die Beklagte die Revision auf den mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffenen Betrag beschränkt; die weitergehende Revision und die vorsorglich erklärte Gegenanschließung hat sie zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten ist in dem zuletzt geltend gemachten Umfang begründet. Auch die Anschlussrevision des Klägers hat Erfolg.

A.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der dem Kläger analog § 89a HGB zu ersetzende Schaden bestehe in dem ihm entgangenen Gewinn, den er in der Zeit vom 30. Juni 1993 bis zum 30. April 1994 – dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte das Vertragsverhältnis im April 1993 durch ordentliche Kündigung frühestens hätte beenden können – durch den Verkauf von M. -Neufahrzeugen erzielt hätte. Dieser sei auf insgesamt 89.084,89 € zu schätzen. Nach den Verkaufszahlen, die der Kläger in den Jahren 1991 und 1992 sowie im ersten Halbjahr 1993 erzielt habe, sei davon auszugehen, dass er in dem Zeitraum Juli 1993 bis April 1994 42 M.

-Neufahrzeuge hätte verkaufen können. Der durchschnittliche Rohertrag je Neuwagenverkauf sei mit dem Landgericht auf 5.540,70 DM zu schätzen. Davon seien jeweils 160 DM für das Entwachsen und Bereitstellen eines verkauften Neufahrzeugs sowie weitere 1.232,25 DM – 22,24 % des Rohertrags – für ersparte Betriebskosten abzuziehen, so dass ein Reinertrag je Neuwageneinheit von 4.148,45 DM verbleibe.

8 Die Einsparung von Betriebskosten in der genannten Höhe ergebe sich aus dem vom Landgericht berücksichtigten Vortrag der Beklagten zu dem insofern erfahrungsgemäß anfallenden Aufwand, den der Kläger in erster Instanz nicht wirksam – nämlich gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässigerweise mit Nichtwissen – bestritten habe. Soweit er erstmals in der Berufungsinstanz abweichende Zahlen vorgetragen habe, sei sein Vorbringen nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Ein weitergehender Abzug ersparter Betriebskosten sei nicht gerechtfertigt, weil der Kläger unwiderlegt vorgetragen

habe, dass er trotz Beendigung des M. -Händlervertrages weder Mitarbeiter entlassen noch die Betriebsräume verkleinert habe.

9 Bei dem hiernach anzusetzenden Reinertrag von 4.148,45 DM je Neuwagengeschäft ergebe sich ein Gesamtschaden von 174.234,90 DM (89.084,89 €), sodass dem Kläger über den ihm vom Landgericht insoweit zugesprochenen Betrag von 12.030,15 € (richtig: 26.500,58 €) hinaus ein weiterer Schadensersatzbetrag von 62.584,31 € zuzuerkennen seien.

10 Der Ausgleichsanspruch des Klägers belaufe sich auf 71.716,46 €. Auszugehen sei von dem Stammkundenumsatz, den der Kläger im letzten vollen Vertragsjahr durch den Verkauf von M. -Neufahrzeugen erzielt habe. Dabei seien alle Folgegeschäfte zu berücksichtigen, die innerhalb eines Zeitraums von sechs bis acht Jahren – der durchschnittlichen Nutzungsdauer von Neufahrzeugen – zustande gekommen seien. Der so ermittelte Umsatz mit "alten" Stammkunden habe sich im letzten vollen Vertragsjahr auf 669.379,23 DM belaufen; dies entspreche 43,9 % des Gesamtumsatzes von 1.523.582,20 DM. Hinzuzurechnen seien 43,9 % des Neukundenumsatzes des letzten vollen Vertragsjahres, da zu erwarten sei, dass aus einem entsprechenden Anteil der Neukundenumsätze Stammkundenumsätze würden. Dies entspreche einem Betrag von 374.995,10 DM, sodass sich die Umsätze mit bisherigen und voraussichtlich zukünftigen Stammkunden auf 1.038.374,33 DM summierten.

11 Der Rohertrag aus diesem Umsatz sei mit 12 % zu veranschlagen. Hier von sei der Anteil der Provisionen abzuziehen, den der Vertragshändler für vermittlungsfremde – verwaltende – Tätigkeiten erhalte. Dieser Anteil sei, dem Vortrag des Klägers folgend, mit 2,5 Prozentpunkten anzusetzen; dem weit höheren Ansatz der Beklagten von mindestens 8,7 Prozentpunkten sei nicht zu folgen. Der Händlervertrag sehe eine Aufteilung der Händlererrabatte auf wer-

bende und verwaltende Tätigkeiten, auf solche Tätigkeiten, wie sie üblicherweise auch bei einem "echten" Handelsvertreter anfielen, und solchen Kosten, wie sie von einem Händler typischerweise selbst getragen würden, nicht ausdrücklich vor. Ihm seien aber Regelungen zu entnehmen, die abweichend von der herkömmlichen Risikoverteilung einen großen Teil dessen, was als verwaltende Tätigkeit von dem Händler allein zu verantworten sei, in den Einflussbereich der Beklagten hinüberzögen, so dass dieser Teil folgerichtig als werbende Tätigkeit durch die von der Beklagten gewährten Rabatte mit zu vergüten sei. Als vertreteruntypische Aufwendungen des Kraftfahrzeughändlers seien nach der Rechtsprechung die variablen Verkaufskosten, die Kosten der Produktwerbung, der Aufwand für das Halten von Vorführwagen, anteilige Personalkosten für Disposition, Lagerverwaltung und Auslieferung sowie anteilige Kosten für Räume, Energie und Telefon anzusehen.

- 12 Dass der Kläger für diese Aufwendungen 8,7 Prozentpunkte seines Gesamtumsatzes eingesetzt habe, wie die Beklagte unter Berufung auf entsprechende Untersuchungen bestimmter anderer Händlerbetriebe behauptet habe, könne schon deswegen nicht angenommen werden, weil sein von der Beklagten vorformulierter Händlervertrag "die Risiken nicht den tatsächlichen Voraussetzungen entsprechend verteilt (habe), wie sie als typische Risiken der Unternehmerin einerseits, des Vertragshändlers andererseits in die Rechtsprechung zur Abgrenzung der Rabattanteile für verwaltende von denen für werbende Tätigkeiten eingeflossen (seien)". Der Händlervertrag habe typische Händler Risiken aus der alleinigen Verantwortung des Klägers herausgenommen und die mit diesen Risiken verbundenen Aufwendungen damit folgerichtig zu Gegenständen gemacht, für deren Finanzierung die gewährten Rabatte mit zu verwenden gewesen seien. Wenn die Beklagte den Kläger vertraglich verpflichtet habe, eine ihren Vorstellungen entsprechende Betriebsorganisation zu schaffen und vorzuhalten, habe der Kläger redlicherweise erwarten dürfen, dass die Be-

klagte ihm den Händlerrabatt unter anderem als Entgelt für die damit verbundenen Aufwendungen gewähre. Im Personalbereich und ebenso hinsichtlich der Einrichtung und Gestaltung der Geschäftsräume habe die Beklagte sich weitgehende Vorgaben und Kontrollrechte vorbehalten. Die Produktwerbung habe der Kläger nicht wie ein wirtschaftlich eigenverantwortlicher Händler frei gestalten dürfen. Er sei auch im Halten von Vorfürhwagen nicht wie ein typischer Händler frei gewesen, weil die Beklagte sich vorbehalten habe, die Anzahl der Vorfürhwagen verbindlich festzulegen; im Gegenzug habe sie den Kläger weitgehend von dem Absatzrisiko freigestellt, indem sie sich verpflichtet habe, Vorfürhwagen bei Vertragsbeendigung zurückzunehmen. Gewährleistungsreparaturen seien dadurch aus dem Risikobereich des Klägers ausgenommen gewesen, dass die Beklagte sich zur Kostenerstattung verpflichtet habe. Unter den konkreten vertraglichen Gegebenheiten biete daher die von der Beklagten vorgelegte Berechnung von Verwaltungskosten, wie sie in anderen Betrieben anzufallen pflegten, keine Grundlage für die Beurteilung, "was an verwaltenden Kosten aus dem ‚händlertypischen‘ Risikobereich beim Kläger denn über den von ihm ermittelten Anteil von 2,5 % hinaus angefallen sei".

- 13 Von dem Rohertrag von 12 % sei somit – nach Abzug der "Verwaltungskosten" von 2,5 % – ein Anteil von 9,5 Prozentpunkten als fiktive Provision anzusehen. Ausgehend vom Stammkundenumsatz des letzten vollen Vertragsjahres in Höhe von 1.038.374,33 DM entspreche dies einem Betrag von 98.645,56 DM. Unter Berücksichtigung eines Abwanderungszeitraums von fünf Jahren errechne sich so ein Provisionsverlust von 167.697,45 DM (170 % von 98.645,56 DM). Dieser Betrag sei im Hinblick auf die Sogwirkung der Marke aus Billigkeitsgründen um 20 % auf 134.157,96 DM zu kürzen. Abgezinst nach der Methode Gillardon ergebe dies einen Barwert von 118.485,40 DM, der sich um die Mehrwertsteuer auf 136.258,21 DM (69.667,72 €) erhöhe.

14 Für die Einlagerung der von der Beklagten nicht rechtzeitig zurückgenommenen Ersatzteile könne der Kläger keinen Kostenersatz fordern, weil er nicht dargetan habe, dass er die auf seinem Betriebsgrundstück befindliche Garage, in der er die Ersatzteile aufbewahrt habe, anderenfalls durch Vermietung gewinnbringend hätte nutzen können und nutzen wollen.

B.

15 Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

16 Die Revision der Beklagten ist zulässig, nachdem sie in der mündlichen Revisionsverhandlung auf den dem Kläger vom Berufungsgericht zuerkannten weiteren Ausgleichsbetrag in Höhe von 52.468,21 € nebst Zinsen beschränkt worden ist, welcher Gegenstand der Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten und der Zulassung der Revision durch den Senat war.

17 Die Anschlussrevision des Klägers ist insgesamt – auch bezüglich der Ansprüche auf Schadensersatz und Lagerkosten – zulässig. Im Hinblick auf die Regelung des § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO, nach der die Statthaftigkeit der Anschließung nicht voraussetzt, dass auch für den Anschlussrevisionskläger die Revision zugelassen worden ist, kann eine Anschlussrevision bei beschränkter Zulassung der Revision auch dann eingelegt werden, wenn die Anschlussrevision nicht den Streitstoff betrifft, auf den sich die Zulassung bezieht (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/02, NJW 2003, 2525 unter I; Urteil vom 30. September 2003 – XI ZR 232/02, WM 2003, 2286 = NJW-RR 2004, 45 unter II 2 a aa; Urteil vom 26. Juli 2004 – VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174 unter II B 1). Ob zwischen dem Streitgegenstand der Haupt- und dem der Anschluss-

revision wenigstens ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang bestehen muss, ist streitig (vgl. BGH aaO). Diese Frage bedarf jedoch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, da jedenfalls ein entsprechender wirtschaftlicher Zusammenhang hier gegeben ist.

C.

I.

18 Die Beurteilung des Berufungsgerichts ist hinsichtlich des dem Kläger analog § 89b HGB zuerkannten Ausgleichs nicht frei von Rechtsfehlern.

19 1. Zu Recht rügt die Revision der Beklagten, dass das Berufungsgericht in die Berechnung der Stammkundenumsätze, die der Kläger im letzten vollen Vertragsjahr erzielt hat und auf die das Berufungsgericht seine Schätzung der für den Prognosezeitraum zu erwartenden Mehrfachkundengeschäfte stützt, vier Mehrfachkundengeschäfte einbezogen hat, die erst sechs bis acht Jahre nach dem jeweils vorausgegangenem Neuwagenkauf des betreffenden Kunden zustande gekommen sind.

20 Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Kraftfahrzeug-Vertragshändlers in den vom Bundesgerichtshof bislang entschiedenen Fällen jeweils ein fünfjähriger Prognosezeitraum zugrunde gelegt und dem entsprechend auch der Mehrfachkundenumsatz des letzten Vertragsjahres unter Berücksichtigung einer zeitlichen Grenze von fünf Jahren ermittelt worden ist. Diese Rechtsprechung beruht auf der Annahme, das durchschnittliche Nachkaufintervall liege im Neuwagengeschäft erfahrungsgemäß bei fünf Jahren (Senat BGHZ 135, 14, 19 m.w.Nachw.). Sollte allerdings das durchschnittliche Nachkaufintervall im Neuwagengeschäft auf

sechs bis acht Jahre angestiegen sein, wovon das Berufungsgericht ausgehen will, so stünde weder das Gesetz noch die bisherige Rechtsprechung der Berücksichtigung einer entsprechend längeren Zeitspanne für die Bemessung des Prognosezeitraums und – spiegelbildlich – für die Ermittlung der ausgleichsrelevanten Mehrfachkundengeschäfte entgegen.

21 Die Berechnung des vom Kläger im letzten Vertragsjahr erzielten Mehrfachkumensatzes kann aber deswegen keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, keine Tatsachenfeststellungen getroffen hat, die seine Annahme stützen, Neufahrzeuge seien in dem hier in Rede stehenden Zeitraum von ihren Käufern im Durchschnitt über eine Zeitspanne von sechs bis acht Jahren gefahren worden. Aus welchen Quellen das Berufungsgericht das für diese These in Anspruch genommene Erfahrungswissen schöpft, ist seinen Ausführungen nicht zu entnehmen. Eigene und damit zwangsläufig begrenzte Erfahrungen der Mitglieder des Berufungssenats mit "nicht wenigen" bestimmten Neuwagenkäufern erlauben noch keine gesicherten Rückschlüsse auf das durchschnittliche Nachkaufverhalten im Neuwagengeschäft.

22 2. Nicht frei von Rechtsfehlern sind ferner die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Berechnung der den Provisionsverlusten im Sinne des § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB entsprechenden Rabattanteile.

23 a) Wirtschaftlich betrachtet nehmen die Rabatte, die ein Vertragshändler auf den Listenpreis des Herstellers von diesem erhält, die Stelle der Provisionen eines Handelsvertreters ein. Um eine Vergleichbarkeit beider zu erzielen, ist es, wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig gesehen hat, jedoch notwendig, diejenigen Teile des Rabatts herauszurechnen, die der Vertragshändler aufgrund seiner vom Handelsvertreter abweichenden Stellung für Leistungen

erhält, die der Handelsvertreter üblicherweise nicht zu erbringen hat (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 – VIII ZR 7/95, WM 1996, 1558 = NJW 1996, 2302 unter B I 1 a m.w.Nachw.). Dazu gehören beispielsweise die Vergütung für das Absatz-, das Lager-, das Kredit- und das Preisschwankungsrisiko sowie der Gegenwert für sonstige Kosten des Absatzes (Senat aaO m.w.Nachw.).

24 Für die Herstellung einer Vergleichsbasis zwischen Händlerrabatt und Vertreterprovision stehen dem Tatrichter verschiedene Wege offen. Eine in der Rechtsprechung des Senats anerkannte zweistufige Methode ermittelt den ausgleichsrelevanten Rabattanteil in der Weise, dass in einem "ersten Rückführungsschritt" der dem Vertragshändler eingeräumte Rabatt durch Ausklammerung der händlertypischen Bestandteile auf das Niveau eines Handelsvertreters zurückgeführt wird und sodann in einem "zweiten Rückführungsschritt" die der Provision des Handelsvertreters für vermittlungsfremde, "verwaltende" Tätigkeiten entsprechenden Vergütungsanteile ausgesondert werden, so dass die für die werbende, vermittelnde Tätigkeit des Vertragshändlers gewährte Vergütung übrig bleibt (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 aaO unter B I 1 b aa m.w.Nachw.). Stattdessen können vergleichbare Vermittlungsprovisionen anderer, auf Handelsvertreter-Basis arbeitender Vertriebsorganisationen im Kraftfahrzeugbereich herangezogen werden, die allerdings wiederum um diejenigen Anteile zu kürzen sind, mit denen vermittlungsfremde Tätigkeiten des Handelsvertreters abgegolten werden (Senat aaO unter B I 1 b bb m.w.Nachw.). Eine dritte Methode, für die sich das Berufungsgericht im vorliegenden Fall entschieden hat, geht vom individuellen Rohertrag des Vertragshändlers aus (Senat aaO unter B I 1 b cc); zur Ermittlung des Anteils aus den Neuwagenverkaufserlösen, der der Provision eines Handelsvertreters für seine handelsvertretertypische, werbende Tätigkeit entspricht, sind hierbei ebenfalls die Rabattbestandteile herauszurechnen, die der Händler als Gegenleistung für händlertypische – und damit handelsvertreteruntypische – Tätigkeiten und Risiken erhält.

25

b) Das Berufungsgericht legt der Ausgleichsberechnung, dem Landgericht folgend, einen Rohertrag von 12 % des Umsatzes zugrunde. Diesen Ansatz beanstandet die Anschlussrevision insofern zu Recht, als das Berufungsgericht sich damit ohne Begründung über den Vortrag des Klägers hinweggesetzt hat, er habe mit dem Verkauf von M. -Neufahrzeugen einen durchschnittlichen Rohertrag von 15,5 % erwirtschaftet. Andererseits stößt der Ansatz des Berufungsgerichts aber auch deswegen auf Bedenken, weil das Berufungsgericht den Begriff Rohertrag in einem anderen Sinne verwendet, als dies in dem Senatsurteil vom 5. Juni 1996 (aaO), nach dessen Vorgaben das Berufungsgericht den Ausgleich berechnet, geschehen ist. Der individuelle Rohertrag im Sinne dieser Entscheidung ist die um Preisnachlässe bereinigte Differenz zwischen dem Händlereinkaufspreis und dem vom Hersteller unverbindlich empfohlenen Listenpreis (Senat aaO unter B I 1 b cc). Er entspricht im Idealfall der Summe der Rabatte und Boni, die der Hersteller dem Händler auf den empfohlenen Verkaufspreis gewährt, und bleibt im Einzelfall nur insoweit hinter dieser Summe zurück, als der Händler Fahrzeuge unter Gewährung von Preisnachlässen und Skonti unter dem Listenpreis verkauft hat (Senat aaO). Im Unterschied dazu hat der Sachverständige T. , auf dessen im Jahre 1986 erstattetes Gutachten das Landgericht und ihm folgend das Berufungsgericht zur Begründung eines mit 12 % anzusetzenden Rohertrags Bezug nehmen, auf der Grundlage von "Erfahrungssätzen bei einer Vielzahl von Automobilhandelsunternehmen verschiedenster Vertragsorganisationen" bei Bruttohandelsspannen von 17 % bis 20 % "Handelsvertreterspannen" zwischen 11,1 % und 13,1 % ermittelt und hieraus einen Provisionssatz von 12 % "als angemessen und ausreichend" abgeleitet. Für die Ausgleichsberechnung auf der Grundlage des individuellen Rohertrags des Klägers ist dieser Wert nicht brauchbar.

26 c) Dem Berufungsgericht kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als es einen Abzug für "verwaltende" Tätigkeiten des Klägers nur in Höhe von 2,5 Prozentpunkten für berechtigt hält.

27 aa) Sinn und Zweck des "Herunterrechnens" des Händlerrabatts oder des Rohertrags ist es, den Rabattanteil zu ermitteln, der der ausgleichsrelevanten Provision eines Handelsvertreters entspricht. Dazu müssen, wie bereits dargelegt, zunächst die Rabatte und Rabattanteile herausgerechnet werden, die der Händler als Entgelt für händlertypische – und damit handelsvertreteruntypische – Aufgaben und Risiken erhält. Zwischenergebnis dieser ersten Operation ist eine fiktive Handelsvertreterprovision, die indessen – ebenso wie bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Handelsvertreters – in einem zweiten Schritt um solche "Provisions"-Anteile zu reduzieren ist, die der Händler für solche Leistungen erhält, die ihm, wäre er Handelsvertreter, nicht als Entgelt für seine werbende (vermittelnde) Tätigkeit, sondern für "verwaltende" (vermittlungsfremde) Tätigkeiten gezahlt würden (Senat aaO unter B I 2 a). Diese an sich zweistufige Reduzierung des Händlerrabatts auf die für die vermittelnde Tätigkeit eines Handelsvertreters entfallende Provision kann auch unter Bildung verschiedener Kostengruppen in nur einem Schritt erfolgen (Senat aaO unter B I 2 b).

28 bb) Die Beklagte hat dazu in erster Instanz unter Beweisantritt im Einzelnen vorgetragen, bei Vertragshändlern vom Zuschnitt des Klägers entfalle ein Anteil von mindestens 8,7 Prozentpunkten des gewährten Rabatts auf die so genannten verwaltenden Tätigkeiten des Händlers. Sie hat diese Behauptung im Berufungsverfahren ferner auf drei in Ablichtung zu den Akten gereichte, andere Händlerbetriebe betreffende anonymisierte Gutachten der B.

mbH gestützt, die in den Jahren 2003 und 2004 im Auftrag des Landgerichts Darmstadt in drei

Parallelprozessen erstattet wurden, an denen die Beklagte – dort ebenfalls in der Beklagtenrolle – beteiligt war. Das Landgericht ist diesem Vortrag gefolgt.

29 Demgegenüber hält das Berufungsgericht einen Abzug von 8,7 Prozentpunkten deswegen nicht für gerechtfertigt, weil es dem von der Beklagten verwendeten standardisierten Händlervertrag eine Risikoverteilung meint entnehmen zu können, nach welcher große Teile dessen, was bei herkömmlicher Risikoverteilung als verwaltende Tätigkeit des Vertragshändlers anzusehen sei, im vorliegenden Fall dem Bereich der werbenden Tätigkeit des Klägers zugerechnet werden müsse. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

30 (1) Den Ausführungen des Berufungsgerichts kann schon nicht entnommen werden, dass der M. -Händlervertrag von der herkömmlichen Risikoverteilung zugunsten des Händlers abweicht.

31 (a) Als Risiko, von dem der Kläger durch den Händlervertrag entlastet werde, nennt das Berufungsgericht konkret nur das Absatzrisiko im Hinblick auf Vorfürswagen, von dem der Kläger dadurch weitgehend freigestellt sei, dass die Beklagte sich zur Rücknahme von Vorfürwagen bei Vertragsbeendigung verpflichtet habe. Das ist schon deswegen nicht richtig, weil der M. -Händlervertrag weder an der vom Berufungsgericht angegebenen noch an anderer Stelle eine Verpflichtung der Beklagten zur Rücknahme von Vorfürwagen vorsieht. § 12 Ziffer 3 des Vertrages regelt den Rückkauf von Lager-, nicht von Vorführefahrzeugen; auch § 4 des Vertrages, der in Ziffer 1 Buchstabe c die Pflicht des Händlers zur Unterhaltung bestimmter Vorführ- und Lagerwagen regelt, enthält keine Bestimmung über den Rückkauf von Vorführefahrzeugen.

32 (b) Ob die dem Händler in § 10 Ziffer 2 des Vertrages zugesagte Kostenerstattung für Gewährleistungsarbeiten durch die Beklagte als Risikoentlastung

zu werten ist, wie das Berufungsgericht meint, mag dahinstehen. Jedenfalls ist die wirtschaftliche Bedeutung dieser Entlastung gering zu veranschlagen. Beim Neuwagenverkauf werden Gewährleistungspflichten des Händlers in aller Regel von den daneben bestehenden Garantiepflichten des Herstellers überlagert, weil Mängel an Neufahrzeugen regelmäßig Garantieansprüche des Käufers gegen den Hersteller auslösen und im Garantiewege beseitigt zu werden pflegen. Zumindest im Hinblick auf die geringe wirtschaftliche Bedeutung kann von einer spürbaren Risikoentlastung des Klägers in Bezug auf seine Gewährleistungspflicht gegenüber seinen Kunden keine Rede sein.

33 (c) Inwiefern Mitsprache- oder Kontroll- und Aufsichtsrechte, die die Beklagte sich in Bezug auf Personaleinsatz, Einrichtung und Gestaltung der Betriebsräume sowie für Werbemaßnahmen vertraglich vorbehalten hat, zu einer Verlagerung von Risiken aus dem Bereich des Klägers auf die Beklagte geführt haben sollen, ist nicht zu erkennen.

34 (2) Ebenso wenig leuchtet ein, weshalb derartige Befugnisse der Beklagten oder die vom Berufungsgericht angenommene atypische Risikoverteilung zur Folge haben sollen, dass Rabattanteile, die der Kläger als Entgelt der Beklagten für die Schaffung einer ihren Vorstellungen entsprechenden betrieblichen Organisation und einer ihr angemessen erscheinenden Präsentation ihrer Produkte ansehen durfte, abweichend von der Regel nicht als zur Abgeltung händlertypischer – und damit handelsvertreteruntypischer – Aufgaben und Risiken bestimmte Rabattbestandteile aus dem Rohertrag herauszurechnen seien. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind gerade die Teile des Händlerrabatts, durch die händlertypische Aufwendungen für die personelle und sächliche Ausstattung des Betriebs sowie für Werbung, Präsentation, Lagerhaltung und Vorführfahrzeuge abgegolten werden sollen, von dem Rohertrag in Abzug zu bringen, weil es sich dabei um Entgelte für Leistungen handelt, die

ein Handelsvertreter typischerweise nicht oder nur gegen ein zusätzliches, neben seine Vermittlungsprovision tretendes Entgelt zu erbringen hat, das nicht in die Ausgleichsberechnung einfließt. Nur was nach Abzug des betreffenden Anteils von dem Händlerrabatt übrig bleibt, ist der Vermittlungsprovision eines Handelsvertreters vergleichbar (Senat aaO unter B I 2 b), auf deren Grundlage der Ausgleichsanspruch zu berechnen ist.

35 3. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist dagegen, dass das Berufungsgericht den im Hinblick auf die "Sogwirkung der Marke" der Beklagten nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB vorzunehmenden Billigkeitsabschlag ebenso wie das Landgericht auf 20 % geschätzt hat. Die Abwägung der Ursächlichkeit von werbender Tätigkeit des Händlers und Sogwirkung des Produkts gehört zum Kernbereich tatrichterlichen Schätzungsermessens (Senatsurteile vom 5. Juni 1996 – VIII ZR 141/95, WM 1996, 1962 = NJW 1996, 2298 unter B I 3, und vom 26. Februar 1997 – VIII ZR 272/95, WM 1997, 1485 = NJW 1997, 1503 unter C I 4, insoweit nicht in BGHZ 135, 14 abgedruckt). Die Erwägungen, die das Berufungsgericht hierzu angestellt hat, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das gefundene Ergebnis hält sich in den Grenzen des tatrichterlich Vertretbaren.

II.

36 Den Anspruch des Klägers auf Ersatz des Kündigungsschadens analog § 89a HGB hat das Berufungsgericht in Höhe von insgesamt 89.084,89 € für begründet gehalten. Es hat dem Kläger daher insoweit über den ihm vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 26.500,58 € hinaus weitere 62.584,31 € zuerkannt. Wegen des weitergehenden Schadensersatzbegehrens von 44.717,87 € (133.802,76 € abzüglich zuerkannter 89.084,89 €) hat es die

Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Anschlussrevision des Klägers ist begründet.

37 1. Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Anschlussrevision allerdings, soweit das Berufungsgericht die Anzahl der M. -Neufahrzeuge, die der Kläger in dem Zeitraum vom 1. Juli 1993 bis 30. April 1994 voraussichtlich hätte verkaufen können, auf nicht mehr als 42 geschätzt hat. Diese Schätzung gründet sich auf die vom Berufungsgericht als unstreitig festgestellten Neuwagenverkaufszahlen, die der Kläger in den Jahren 1991 und 1992 sowie im ersten Halbjahr 1993 erzielt hat, und berücksichtigt die sonstigen für eine Schätzung nach § 287 ZPO beachtlichen Umstände in rechtlich nicht zu beanstandender Weise. Soweit die Anschlussrevision geltend macht, unter Berücksichtigung der Überlegungen des Berufungsgerichts sei die vom Kläger angesetzte Zahl von 44 Neuwagenverkäufen angemessen, setzt sie in revisionsrechtlich unbeachtlicher Weise ihre eigene Schätzung an die Stelle der rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Schätzung.

38 2. Mit Recht beanstandet die Anschlussrevision demgegenüber den vom Berufungsgericht vorgenommenen Abzug ersparter Betriebskosten in Höhe von 22,24 % des Rohertrags je Einheit.

39 a) Ob und in welcher Höhe der Kläger infolge der Einstellung der Belieferung mit M. -Neufahrzeugen durch die Beklagte Betriebskosten erspart hat, die über den von ihm eingeräumten Betrag von 160 DM – die beim Ansatz eines Rohertrags von 5.380,70 DM bereits berücksichtigten Kosten des Entwachsens und der Bereitstellung eines verkauften Neuwagens – je Einheit hinausgehen, war in den Tatsacheninstanzen streitig. Der Kläger hat erstinstanzlich unter Beweisantritt vorgetragen, er habe in dem fraglichen Zeitraum keine weiteren Betriebskosten erspart, weil er seinen Betrieb nach dem Verlust der

Marke M. weder räumlich noch personell verkleinert habe. Diesen Vortrag hat er auch auf einen Hinweis des Landgerichts hin aufrechterhalten. Die Beklagte ist dem gleichfalls unter Beweisantritt mit dem Vortrag entgegengetreten, beim "durchschnittlichen M. -Händler" beliefen sich die Personalkosten auf 50,34 % des Rohertrags und die sonstigen Betriebskosten auf zusammen 25,9 % des Rohertrags. Diese Angaben hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten.

40 Das Landgericht hat das Bestreiten des Klägers als unbeachtlich angesehen, weil der Kläger nicht dargelegt habe, warum die von der Beklagten für andere M. -Händler ermittelten Zahlen für seinen Betrieb nicht zutreffen sollten, und weil er konkrete auf seinen Betrieb bezogene Zahlen nicht genannt habe. Es hat dem entsprechend bei der Berechnung des Schadens den Rohertrag des Klägers um ersparte Betriebskosten in der von der Beklagten angegebenen durchschnittlichen Höhe von 76,25 % gekürzt.

41 Das Berufungsgericht hat den Abzug auf 22,24 % des Rohertrags ermäßigt, weil der Kläger unwidersprochen vorgetragen habe, dass er durch den Verlust der Marke M. weder Personalkosten noch Kosten der Unterhaltung von Betriebsräumen erspart habe. Hinsichtlich des verbleibenden Abzugs von 22,24 % des Rohertrags hat es sich der Argumentation des Landgerichts mit der Begründung angeschlossen, der Kläger habe den substantiierten Vortrag der Beklagten zu dem erfahrungsgemäß anfallenden Betriebskostenaufwand gemäß § 138 Abs. 4 ZPO nicht wirksam mit Nichtwissen bestreiten können, weil die ihm insoweit entstandenen Kosten Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung seien. Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz abweichende Zahlen für seinen Betrieb genannt habe, sei sein Vorbringen nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen.

42 b) Dieses Vorgehen rügt die Anschlussrevision mit Recht als verfahrensfehlerhaft. Der Kläger war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nach § 138 Abs. 4 ZPO gehindert, die von der Beklagten behaupteten Betriebskosten eines durchschnittlichen M. -Händlers mit Nichtwissen zu bestreiten. Derartige Durchschnittswerte, die die Beklagte nach ihren Angaben nicht für den Betrieb des Klägers, sondern durch die Untersuchung anderer M. -Händlerbetriebe ermittelt hatte, waren nicht Gegenstand eigener Wahrnehmung des Klägers. Welche Betriebskosten der Kläger infolge der vorzeitigen Beendigung der Geschäftsbeziehung zu der Beklagten erspart hat, hat die Beklagte nicht konkret vorgetragen.

43 Zu Recht weist die Anschlussrevision ferner darauf hin, dass das Landgericht sich nicht unter Berufung auf die von der Beklagten behaupteten Durchschnittswerte über den unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers hinwegsetzen durfte, er habe wegen der Weiterführung seines Betriebs im bisherigen Durchschnitt durch den Fortfall des Vertriebs von M. -Neufahrzeugen allein die Kosten für das Entwachsen und die Bereitstellung der Neuwagen in Höhe von 160 DM je Fahrzeug erspart. Entgegen der vom Berufungsgericht geteilten Auffassung des Landgerichts war es nicht primär Sache des Klägers darzulegen, in welcher Höhe die nach der Darstellung der Beklagten im Betrieb eines durchschnittlichen M. -Händlers anfallenden Betriebskosten in seinem Unternehmen zu Buche schlagen. Seiner Darlegungslast hat der Kläger dadurch genügt, dass er den Rohertrag je Fahrzeugverkauf angegeben und davon die nach seiner Behauptung allein ersparten Betriebskosten von 160 DM je Einheit abgesetzt hat. Wenn das Landgericht dieses Vorbringen in Anbetracht der von der Beklagten vorgetragenen Kostenstruktur eines durchschnittlichen M. -Händlerbetriebs für nicht plausibel hielt und deshalb Angaben des Klägers dazu erwartete, auf welche Höhe sich die üblicherweise anfallenden Betriebskosten im Unternehmen des Klägers beliefen, hätte es dem Kläger einen ent-

sprechend konkreten Hinweis geben müssen und sich nicht mit dem Hinweis begnügen dürfen, ersparte Betriebskosten, die der Kläger bei seiner Schadensberechnung nicht berücksichtigte, "dürften gleichwohl entstanden sein".

44 Da das Landgericht diesen auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung gebotenen Hinweis nicht gegeben hat, ist Sachvortrag des Klägers zur Höhe der Betriebskosten, die nach Auffassung des Berufungsgerichts vom Rohertrag abzusetzen sind, in erster Instanz infolge eines Verfahrensmangels – Verstoß gegen § 139 Abs. 1 ZPO – unterblieben. Die erstmals mit der Berufungsbeurteilung hierzu gemachten Angaben waren folglich gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Das Berufungsgericht hätte deshalb als vom Kläger ersparte Betriebskosten nicht die von der Beklagten behaupteten Durchschnittswerte ansetzen dürfen, ohne über die vom Kläger unter Beweisaufruf vorgetragene, von der Beklagten bestrittene geringere Höhe der betreffenden Betriebskosten Beweis zu erheben.

III.

45 Schließlich hält auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Ersatz von Lagerkosten in Höhe von 4.008,53 € (7.840 DM) abgewiesen hat, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

46 Das Berufungsgericht unterstellt insoweit zugunsten des Klägers eine Schadensersatzpflicht der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung, die es offenbar darin sehen will, dass die Beklagte "die von ihr nach Maßgabe des Händlervorgabes zu übernehmenden Ersatzteile vorläufig nicht (habe) abholen lassen". Es verneint aber den Eintritt eines Schadens, weil der Kläger nicht dargelegt habe, dass er die auf seinem Betriebsgrundstück stehende Garage, in

der er die Ersatzteile aufbewahrt habe, anderenfalls durch Vermietung gewinnbringend hätte nutzen können und nutzen wollen.

47 Demgegenüber hält die Anschlussrevision es für unerheblich, ob der Kläger die Garage durch Vermietung anderweitig hätte nutzen können. Nach ihrer Auffassung kann der Kläger deswegen ein angemessenes Nutzungsentgelt als Verzugsschaden ersetzt verlangen, weil er mit der Einlagerung der Ersatzteile eine geldwerte Leistung erbracht habe, die sich auch im Lichte der Differenzhypothese als ersatzfähiger Vermögensnachteil des Klägers darstelle.

48 Ob die Beklagte durch die nicht rechtzeitige Abholung der von ihr zurückzunehmenden Ersatzteile eine Vertragspflicht verletzt hat und dem Kläger wegen dieser Pflichtverletzung aus positiver Vertragsverletzung oder aus Schuldnerverzug zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann ebenso dahingestellt bleiben wie die weitere Frage, ob sich der Eintritt eines Schadens mit der Erwägung der Anschlussrevision begründen lässt, der Kläger habe durch die Einlagerung der Ersatzteile eine geldwerte Leistung erbracht. Denn falls die Beklagte die von ihr zurückzunehmenden Ersatzteile nicht rechtzeitig abgeholt haben sollte, ist darin jedenfalls ein Annahmeverzug zu sehen. Unter diesem Aspekt ist es ohne Bedeutung, ob der Kläger die Garage, in der er die Ersatzteile eingelagert hatte, anderweitig hätte nutzen können. Sollte sich die Beklagte mit der Rücknahme der Ersatzteile in Annahmeverzug befunden haben, wozu das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen getroffen hat, so kann der Kläger als Kaufmann gemäß § 304 BGB in Verbindung mit § 354 HGB für die Dauer des Annahmeverzugs der Beklagten die ortsüblichen Lagerkosten beanspruchen (vgl. Senatsurteil vom 14. Februar 1996 – VIII ZR 185/94, WM 1996, 826 = NJW 1996, 1464 unter 1 b aa m.w.Nachw.).

D.

49

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit es angefochten worden ist. Es ist somit in diesem Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es dazu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der auf den zurückgenommenen Teil der Revision entfallenden Kosten zu entscheiden haben wird.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert

Dr. Frellesen

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 18.06.2002 - 18 O 436/94 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 30.04.2004 - 24 U 166/02 -