



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 13/05

Verkündet am:
1. Oktober 2008
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

HGB § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

Bei der für den Ausgleichsanspruch eines Vertragshändlers analog § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB erforderlichen Feststellung der infolge der Vertragsbeendigung entstehenden Entgeltverluste sind die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses und eine gleich bleibende Tätigkeit des Vertragshändlers zu fingieren. Eine Änderung des Vertriebssystems durch den Unternehmer kann die zu erwartenden Einkünfte des Vertragshändlers verringern. Das setzt allerdings voraus, dass der Unternehmer zu der Änderung auch gegenüber dem ausgeschiedenen Vertragshändler berechtigt gewesen wäre. Daran fehlt es mangels entsprechender vertraglicher Regelungen, wenn der Vertragshändler nach dem Inhalt des beendeten Vertrages sowohl Händler als auch - zu höheren Margen - Endkunden beliefern durfte und der Unternehmer ein qualitativ-selektives Vertriebssystem einführt, das den Vertragshändlern zukünftig nur noch gestattet, an autorisierte Händler zu liefern.

BGH, Urteil vom 1. Oktober 2008 - VIII ZR 13/05 - KG Berlin
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Wolst, die Richterinnen Hermanns und Dr. Milger sowie den Richter Dr. Achilles

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Dezember 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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 Beklagte vertrieb als Vertragshändlerin auf dem deutschen Markt die Software-Produkte "A. " der A. , zuletzt auf Grund eines im März 1992 mit der Klägerin abgeschlossenen "Distributorvertrages". Dieser enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

"1. Bestellung des Distributors

1.1 A. (Klägerin) bestellt den *Distributor* (Beklagte) hiermit zum nicht-ausschließlichen Vertragshändler für die Vertragsprodukte für den Vertrieb ausschließlich im Vertragsgebiet. Der *Distributor* nimmt diese Bestellung an und verpflichtet sich, die Vertragsprodukte gemäß diesem Vertrag im Vertragsgebiet zu vermarkten, zu vertreiben und den Vertrieb zu unterstützen.

...

1.3 Vertragsprodukte sind die in Anlage 1 aufgeführten Softwareprogramme (Softwarepakete).

1.4 Der *Distributor* ist berechtigt, die Vertragsprodukte von A. zu erwerben und sie innerhalb des Vertragsgebietes an Kunden zu den Bedingungen dieses Vertrages zu vertreiben.

...

1.6 Dieser Vertrag beschränkt in keiner Weise das Recht von A., die Vertragsprodukte jederzeit im Vertragsgebiet entweder über andere Distributoren (Vertragshändler), unmittelbar an Kunden, die von den Distributoren nicht erworben wurden, oder auf anderen Vertriebswegen zu vermarkten, zu lizenzieren oder in sonstiger Weise zu verbreiten. ...

1.7 Der *Distributor* kauft und verkauft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung; ...

...

2. Vertragsdauer

2.1 Dieser Vertrag beginnt am 01.02.1992 und endet am darauffolgenden 31. Januar. Er verlängert sich jeweils um weitere zwölf (12) Monate, sofern er nicht durch eine der beiden Parteien vorher gekündigt wird. Jede am 31. Januar ablaufende Periode gilt als 'Vertragsjahr'."

- 2 Nach dem Vertrag war die Beklagte berechtigt, Software-Produkte sowohl an autorisierte Händler als auch an nicht autorisierte Händler (Wiederverkäufer) und Endkunden zu veräußern. Im Oktober 1992 erklärte die Klägerin die Kündigung des Distributorvertrages zum 31. Januar 1993. Eine beabsichtigte Neugestaltung der Vertragsbeziehungen scheiterte.
- 3 Die Klägerin hat die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises für von ihr gelieferte Software in Anspruch genommen. Die Beklagte hat gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung mit einem Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB erklärt und diesen Anspruch in weitergehendem Umfang im Wege der Widerklage geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 1.879.351,12 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Kammergericht hat mit Urteil vom 7. September 1998 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, mit der diese ihren Ausgleichsanspruch im Wege der Aufrechnung gegenüber der Klageforderung und in Höhe von 8.056.634 DM nebst Zinsen im Wege der Widerklage weiterverfolgt sowie Aufrechnung und Widerklage hilfsweise auf einen Schadensersatzanspruch in Höhe von rund 5.200.000 DM wegen der Kündigung durch die Klägerin gestützt hat. Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Kammergericht zurückverwiesen (Senatsurteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, WM 2000, 877 = NJW 2000, 1413).
- 4 Mit dem jetzt angefochtenen Urteil hat das Kammergericht das Urteil des Landgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen nur noch zur Zahlung von 541.532,92 € (1.059.146,33 DM) nebst Zinsen verurteilt, weil es die Kaufpreisforderung der Klägerin im Übrigen als durch Aufrechnung mit einem Ausgleichsanspruch der Beklagten in Höhe von 820.204,79 DM erloschen

erachtet hat. Mit ihrer vom Senat - beschränkt auf die Abweisung eines darüber hinausgehenden Ausgleichsanspruchs - zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage und verfolgt sie ihren Widerklageantrag wegen des Ausgleichsanspruchs weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit das noch für das Revisionsverfahren von Interesse ist, im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Klägerin stehe eine Kaufpreisforderung in Höhe von 1.879.351,12 DM (960.896,97 €) zu. Diese Forderung sei aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung in Höhe von 820.204,79 DM erloschen. Die Gegenforderung der Beklagten ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung von § 89b HGB. Schadensersatzansprüche der Beklagten bestünden nicht, weil eine Pflichtverletzung der Klägerin nicht vorliege.

8 Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs analog § 89b HGB sei auf den Rohertrag im letzten Jahr des Vertragsverhältnisses abzustellen. Dieser errechne sich aus der Differenz von Verkaufsumsatz (18.315.255,96 DM) und Einkaufsumsatz (14.497.314,46 DM) der dem Vertrag unterliegenden Produkte. Davon seien die Umsätze mit Kunden abzusetzen, welche nicht von der Beklagten geworben seien. Dem anteiligen Verkaufsumsatz von 230.095,99 DM stehe insoweit ein Einkaufsumsatz von 207.200,35 DM gegenüber.

9 Entgegen der Auffassung der Beklagten könne kein Durchschnitt aus den letzten Vertragsjahren gebildet werden, wie das bei einem atypischen Verlauf des letzten Vertragsjahres nach der Rechtsprechung möglich sei. Die Darlegungen der Beklagten reichten für eine solche Annahme nicht aus. Die Beklagte habe, auch ohne die Berücksichtigung der für die Monate Oktober 1992 und Januar 1993 angegebenen Einkaufsumsätze, erheblich voneinander abweichende Zahlen genannt. So betrage der für Juli 1992 angegebene Einkaufsumsatz von rund 1.100.000 DM fast das Zehnfache des für Mai 1992 angegebenen Umsatzes. Angesichts einer von Monat zu Monat offensichtlich sehr unterschiedlichen Bestellpraxis lasse allein die Massierung der Umsätze zum Schluss des letzten Vertragsjahres keinen Schluss auf einen atypischen Verlauf des letzten Vertragsjahres zu. Ein solcher Schluss hätte sich möglicherweise aus einer vergleichenden Betrachtung der Monatsumsätze in den vorangegangenen Jahren ziehen lassen, aber auch dagegen bestünden Bedenken. Träfe es zu, dass die Einkaufsumsätze für Oktober 1992 mit 4.360.000 DM und für Januar 1993 mit 4.224.000 DM als atypisch aus dem Jahresumsatz herauszurechnen wären, weil sie allein der Lagerhaltung gedient hätten, ergäbe sich für das letzte Vertragsjahr für die Beklagte ein Einkaufsumsatz von 5.893.000 DM und damit ein deutlicher Geschäftseinbruch für die Beklagte, die im Vorjahr einen Einkaufsumsatz von immerhin rund 10.800.000 DM erzielt habe. Dies vertrage sich schwerlich mit dem Vorbringen im Zusammenhang mit der Begründung ihres Schadensersatzanspruchs, ihr Unternehmen habe sich bei Beendigung des Vertrages in einem erheblichen Aufschwung befunden.

10 Es komme noch hinzu, dass die Beklagte stets nur auf der Grundlage von Einjahresverträgen mit der Klägerin gearbeitet habe, die auch in den Vorjahren jeweils gekündigt worden seien. Damit sei immer das - früher vielleicht geringere - Risiko gegeben gewesen, dass es nicht zum Abschluss eines neuen Vertrages kommen werde. Selbst wenn es zutrefte, dass die Beklagte jeweils

am Ende einer Vertragsperiode vorsorglich "auf Vorrat" bestellt habe, würde das auch für die Vorjahre gelten, so dass die von der Beklagten angegebenen Zahlen nicht nur Einkaufsumsätze enthielten, die sich nicht im selben Zeitraum entstandenen Verkaufsumsätzen zuordnen ließen. Es seien umgekehrt auch Verkaufsumsätze enthalten, die Einkaufsumsätzen aus dem Vorjahr zuzuordnen seien. Nachdem es die Beklagte nicht vermocht habe, die Verkaufsumsätze des letzten Vertragsjahres konkreten Einkaufsumsätzen zuzuordnen, seien die sich aus der pauschalen Gegenüberstellung von Verkaufs- und Einkaufsumsätzen entstehenden Ungenauigkeiten im Rahmen der Schätzung hinzunehmen. Dass die Beklagte hierdurch in größerem Umfang benachteiligt werde, habe sie nicht dargelegt.

- 11 Es sei für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs davon auszugehen, dass der Anteil der Stammkunden bei 80 % liege. Die Beklagte habe zunächst einen solchen Anteil selbst behauptet, nach Abschluss des ersten Revisionsverfahrens aber vorgetragen, dass praktisch alle ihre Kunden Stammkunden seien, und dies damit begründet, dass aufgrund der Komplexität der Software ein Wechsel praktisch nicht möglich gewesen sei. Dieses neue Vorbringen sei der Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Es könne zwar angenommen werden, dass die Software der Klägerin sich auf dem Markt in erheblichem Umfang habe durchsetzen können und dass ein Wechsel der Kunden zu einer anderen Software selten sein werde. Daraus folge jedoch nicht, dass ein Wechsel völlig ausgeschlossen sei. Die Betrachtungsweise lasse außer Acht, dass es unter den Kunden auch immer einen Anteil geben werde, der aus Gründen von Geschäftsaufgaben, aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen nichts nachbestelle und deshalb nicht zu einem Stammkunden werde. Es komme hinzu, dass die Beklagte in den zuletzt eingereichten Listen selbst nicht mehr davon ausgegangen sei, ihre Umsätze ausschließlich mit Stammkunden zu erzielen.

Soweit ihre Angaben den zugrunde gelegten Wert von 80 % überstiegen, habe sie die Voraussetzungen für die einzelnen Stammkunden nicht dargelegt.

12 Die Entgeltverluste, die die Beklagte nach dem Ende des Vertragsverhältnisses erleide, seien nur insoweit in Ansatz zu bringen, als die Verluste auf der Beendigung des Vertragsverhältnisses beruhten. Der Beklagten wäre es jedoch auch bei Fortführung der Geschäfte mit der Klägerin unter Abschluss eines neuen Distributorvertrages künftig nicht mehr möglich gewesen, Umsätze mit Endkunden und unautorisierten Wiederverkäufern zu erzielen. Unabhängig von der Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien habe die Klägerin ab 1. Februar 1993 in ganz Europa ein von ihr so genanntes "qualitativ-selektives Vertriebssystem" eingeführt, das es den Distributoren künftig nur noch gestatte, an besonders geschulte, autorisierte Händler zu liefern.

13 Es sei für den Bereich des Handelsvertreterrechts anerkannt, dass solche Änderungen des Vertriebssystems Auswirkungen auf die Berechnung der Provisionsverluste hätten, solange nicht davon auszugehen sei, dass die Betriebsumstellung des Unternehmers wirtschaftlich nicht vertretbar gewesen und möglicherweise in der Absicht erfolgt sei, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters zu mindern oder auszuschließen. Dem Unternehmer stehe grundsätzlich das Recht zu, seinen Betrieb so einzurichten und gegebenenfalls umzugestalten, wie es ihm wirtschaftlich vernünftig und sinnvoll erscheine, solange er sich dabei nicht willkürlich oder ohne vertretbaren Grund über die schutzwürdigen Belange seiner Handelsvertreter hinwegsetze. Er könne auch sein Vertriebssystem ändern, wenn er dies für zweckmäßig und erforderlich halte. Diese Grundsätze seien auch auf den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers zu übertragen und wirkten sich vorliegend mindernd auf diesen aus.

14 Die Änderung des Vertriebssystems hätte aber nicht dazu geführt, dass der Beklagten die Entgelte, die sie aus ihren Verkäufen an Endabnehmer und

nicht autorisierte Wiederverkäufer erzielt habe, ersatzlos weggefallen wären. Bei der zu unterstellenden Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter den Bedingungen des geänderten Vertriebsvertrages sei davon auszugehen, dass die bezogen auf Wiederverkäufer entstehenden Verluste hätten ausgeglichen werden können, weil der entfallende Absatz zu einem erhöhten Bedarf der autorisierten Händler geführt hätte, die künftig auch von der Beklagten zu beliefern gewesen wären. Etwas anderes gelte jedoch für die von der Beklagten erzielten Margen. Bei der Bemessung der infolge der Vertragsbeendigung entstehenden Entgeltverluste sei zu berücksichtigen, dass ihr das Liefervolumen zwar erhalten geblieben, ihr die Erzielung der Margen mit ihren Endkunden aber nicht mehr möglich gewesen wäre. Diese hätten die Produkte der Klägerin künftig über die autorisierten Händler beziehen müssen; der Verlust des Absatzes bei den Endabnehmern hätte einem Zugewinn bei den autorisierten Händlern gegenübergestanden, allerdings nur unter Zugrundelegung einer ihnen gegenüber zu erzielenden Marge von 11,05 %. Nur diese und nicht die bis Vertragsende gegenüber Endabnehmern erzielte Marge von 110,13 % sei danach der Berechnung der Entgeltverluste zugrunde zu legen, weil die Verluste nur in dieser Höhe durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses verursacht seien und nicht auf der Änderung des Vertriebssystems beruhten. Die Einkünfte für die Lieferungen an Endabnehmer in Höhe von 2.158.432,49 DM seien daher auf die Händlermarge zu reduzieren, was einem Betrag von 216.568,41 DM entspreche.

- 15 Die in den Margen enthaltene Mehrwertsteuer sei abzusetzen, weil sie für die Beklagte als Zwischenhändlerin ein durchlaufender Posten gewesen sei und ihr nicht endgültig verblieben wäre. Dabei sei zu beachten, dass die Beklagte einen Teil des Verkaufsumsatzes im Jahr 1993 erzielt habe, der deshalb bereits mit 15 % statt mit zuvor 14 % zu versteuern gewesen sei. Von der danach zugrunde zu legenden Nettomarge seien nach Rückführung der Marge für

Endabnehmer auf die Händlermarge noch 2 % Skonto abzuziehen, die nach Darlegung der Beklagten regelmäßig eingeräumt und auch genutzt worden seien. Unter Berücksichtigung eines Stammkundenanteils von 80 % errechne sich ein berücksichtigungsfähiger Rohertrag von 1.084.456,61 DM. Davon seien handelsvertreteruntypische Kosten in Höhe von 604.801,51 DM abzusetzen, so dass sich ein Basisbetrag von 479.655,10 DM ergebe.

- 16 Es sei angesichts der dynamischen Entwicklung des Softwaremarktes angemessen, von einem vierjährigen Prognosezeitraum mit einer hohen Abwanderungsquote von 20 % auszugehen. Gerade die Entwicklung der Tätigkeit der Beklagten für die Klägerin zeige, dass es mehr und mehr Distributoren gegeben habe und die Händler durchaus die Distributoren wechselten. Die von der Beklagten erzielte Gewinnspanne sei von Jahr zu Jahr zurückgegangen. Ausgehend von dem Basisbetrag in Höhe von 479.655,10 DM errechne sich in den vier Prognosejahren ein Gesamtbetrag von 959.310,20 DM, von dem ein Abschlag von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke vorzunehmen sei. Der sich ergebende Betrag sei mit einem Ansatz von 16 % abzuzinsen. Es ergebe sich danach ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 713.221,56 DM, der sich einschließlich der Mehrwertsteuer von 15 % auf 820.204,79 DM belaufe.

II.

- 17 Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein 820.204,79 DM (419.364,05 €) übersteigender Ausgleichsanspruch der Beklagten entsprechend § 89b HGB nicht verneint werden.

18 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagten als Vertragshändlerin infolge der Kündigung des Distributorvertrages durch die Klägerin dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zusteht (Senatsurteil vom 12. Januar 2000, aaO, unter II 1).

19 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiter der Ermittlung der Höhe der der Klägerin nach Beendigung des Vertragsverhältnisses aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die die Beklagte geworben hat, verbleibenden Vorteile (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB) und der Entgeltverluste, die die Beklagte infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses erleidet (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB), den Rohertrag der Beklagten, das heißt die Differenz zwischen ihren Verkaufs- und den Einkaufsumsätzen, im letzten Vertragsjahr zugrunde gelegt. Mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht hätte nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (BGHZ 135, 14, 22; 141, 248, 252) wegen eines atypischen Verlaufs des letzten Vertragsjahres für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs unter Heranziehung eines längeren Zeitraums auf einen Durchschnittswert der letzten beiden Vertragsjahre abstellen müssen, dringt die Revision nicht durch.

20 Der Händler trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach § 89b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HGB (Senatsurteile vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214, Tz. 24; vom 7. Mai 2003 - VIII ZR 263/02, WM 2003, 2107, unter II 1 b aa; vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, WM 2003, 499, unter II 1 b aa; BGH, Urteil vom 28. April 1988 - I ZR 66/87, WM 1988, 1204, unter II 2 b). Nichts anderes gilt, wenn sich die Beklagte auf einen atypischen Verlauf des Umsatzes im letzten Vertragsjahr beruft. Da der Handelsvertreter nach dieser Vorschrift einen Ausgleich für die zukünftigen Entgeltverluste erhalten soll, reicht es jedoch nicht aus, allein auf den höheren Umsatz aus zurückliegenden Jahren zu verweisen.

Bezugsgröße für die Zukunftsprognose sind die Einnahmen im letzten Vertragsjahr, weil sich daraus am ehesten Schlüsse über den zukünftigen Verlauf ziehen lassen. Nur wenn feststeht, dass diese Bezugsgröße nicht aussagekräftig ist, weil die Einnahmen aus besonderen Gründen in diesem Jahr geringer ausgefallen sind, ist eine Erweiterung auf zurückliegende Jahre zulässig. Es muss deswegen nachvollziehbar dargelegt werden, dass lediglich die Umsätze im letzten Vertragsjahr einen abweichenden Verlauf genommen haben, in Zukunft aber wieder die höheren Umsätze zu erzielen gewesen wären.

21 Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gekommen, dass die Darlegungen der Beklagten hierfür nicht ausreichen. Entgegen der Auffassung der Revision hat es nicht lediglich die Monatsumsätze innerhalb des letzten Vertragsjahres - statt der Umsatzzahlen der letzten Vertragsjahre - miteinander verglichen. Es hat vielmehr das Vorbringen der Beklagten, der Einbruch des Rohertrags von 12.300.000 DM im Vorjahr auf 4.000.000 DM im letzten Vertragsjahr sei damit zu erklären, dass sie im Hinblick auf das Ende des Vertragsverhältnisses in den letzten vier Monaten nach Kündigung des Distributorvertrages erhebliche Bestellungen getätigt, also den Einkaufsumsatz deutlich erhöht habe, um einen Vorrat aufzubauen, angesichts einer auch im Übrigen von Monat zu Monat sehr unterschiedlichen Bestellpraxis nicht für schlüssig erachtet. Dabei hat das Berufungsgericht auch berücksichtigt, dass es bei Außerachtlassung der besonders hohen Einkaufsumsätze im Oktober 1992 und Januar 1993 zu einem deutlichen Geschäftseinbruch gekommen sein müsste, was sich nicht mit dem weiteren Vorbringen vereinbaren lasse, das Unternehmen der Beklagten habe sich bei der Beendigung des Vertrags in erheblichem Aufschwung befunden. Ferner hat es in seine Erwägungen einbezogen, dass die Klägerin schon in den Vorjahren stets auf der Grundlage von (jeweils gekündigten) Einjahresverträgen mit der Beklagten zusammengearbeitet hatte, so dass auch schon in der Zeit vor dem letzten Vertragsjahr Veranlassung be-

stand, jeweils am Ende der Vertragszeit vorsorglich Einkäufe zu tätigen. Diese tatrichterliche Würdigung ist nicht zu beanstanden.

22 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch bei der Berechnung der Provisionsverluste gemäß § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB den Rohertrag um einen Betrag in Höhe von 1.941.864,08 DM (= 992.859,34 €) im Hinblick auf die Vertriebsumstellung der Klägerin gekürzt. Zu Recht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es wäre der Beklagten wegen der Vertriebsumstellung auch bei Fortführung der Geschäfte unter Abschluss eines neuen Distributorvertrages künftig nicht mehr möglich gewesen, Umsätze mit Endkunden und nicht autorisierten Wiederverkäufern zu erzielen.

23 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei der Feststellung des dem Handelsvertreter entstehenden Nachteils die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses und eine gleich bleibende Tätigkeit des Handelsvertreters zu fingieren (BGHZ 24, 223, 227; 141, 248, 252 f.; Senatsurteil vom 10. Dezember 1997 - VIII ZR 329/96, WM 1998, 725, unter II 1; vgl. auch Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 89b Rdnr. 26; Löwisch in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 89b Rdnr. 91). Entsprechendes gilt auch für den Vertragshändler (BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 - I ZR 188/85, WM 1987, 1462, unter II A 4). Der Ausgleichsanspruch soll für den Handelsvertreter bzw. Vertragshändler den Provisionsverlust auffangen, der durch die Beendigung des bisher bestehenden Vertriebsvertrages entsteht (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB). Das Berufungsgericht hat hingegen für die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nicht die Umsätze zugrunde gelegt, welche die Beklagte bei Fortsetzung des gekündigten Distributorvertrages von März 1992 erzielt hätte, sondern rechtsfehlerhaft auf die Entgelte abgestellt, die die Beklagte bei "Fortführung der Geschäfte mit der Klägerin unter Abschluss eines neuen Distributorvertrages" zu erwarten gehabt hätte.

24 b) Der Beklagten wäre es bei Fortsetzung des Distributorvertrages von 1992 nicht verwehrt gewesen, weiterhin Umsätze mit Endkunden und nicht autorisierten Wiederverkäufern zu erzielen. Aus der von der Klägerin beabsichtigten Umstellung auf ein qualitativ-selektives Vertriebssystem folgt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts anderes.

25 aa) Allerdings ist in der Rechtsprechung (BGHZ 49, 39; BGH, Urteil vom 1. Dezember 1983 - I ZR 181/81, NJW 1984, 2695, unter II 2 c; Urteil vom 30. Januar 1986 - I ZR 185/83, WM 1986, 742, unter II B) anerkannt, dass auch Änderungen des Vertriebssystems durch den Unternehmer Auswirkungen auf die Berechnung des Ausgleichsanspruchs haben können. Solche Änderungen können dazu führen, dass der Unternehmer aus den vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenbeziehungen keine Vorteile mehr hat (vgl. Thume in: Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 8. Aufl., Kap. VII Rdnr. 15 ff.). Davon geht das Berufungsgericht jedoch nicht aus. Es nimmt vielmehr an, dass die bisherigen Endkunden der Beklagten zukünftig dieselben Produkte der Klägerin von autorisierten Händlern bezogen hätten.

26 Änderungen des Vertriebssystems können auch bewirken, dass der Handelsvertreter selbst bei Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses nur noch verringerte oder überhaupt keine Provisionen mehr zu erwarten hätte. Das kommt etwa in Betracht, wenn der Unternehmer zukünftig nur noch Großhändler und keine Endkunden mehr beliefern will und deshalb alle anderen Vertragsabschlüsse, die der Handelsvertreter vermittelt oder vermitteln könnte, - zulässigerweise (vgl. § 86a Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB) - ablehnt bzw. ablehnen würde. Darum geht es hier jedoch nicht.

27 bb) Die Klägerin hat vielmehr ihr Vertriebssystem in der Weise umgestellt, dass es den Distributoren künftig nur noch gestattet sein soll, an besonders geschulte, autorisierte Händler, nicht dagegen an Endabnehmer oder nicht

autorisierte Händler zu liefern. Wäre die Klägerin - bei Fortgeltung des zwischen den Parteien im Jahr 1992 geschlossenen Distributorvertrages - zu einer entsprechenden Umstellung ihres Vertriebssystems auch im Verhältnis zur Beklagten berechtigt gewesen oder hätte sie nach dem Vertrag die Belieferung der Beklagten ablehnen können, soweit diese an Endkunden oder nicht autorisierte Händler hätte weiterverkaufen wollen, würden die der Beklagten in Bezug auf die letztgenannten Kunden entstehenden Entgeltverluste nicht auf der Beendigung des Vertragsverhältnisses beruhen. Es würde dann an dem nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen den Provisionsverlusten und der Beendigung des Vertragsverhältnisses fehlen (vgl. MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 89b Rdnr. 97; Löwisch, aaO, Rdnr. 93; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 89b Rdnr. 40; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl., § 89b Rdnr. 16; Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl., § 89b Rdnr. 58 ff.; Küstner in: Küstner/Thume, aaO, Kap. VIII Rdnr. 55; Bamberger, NJW 1984, 2670 f.). Das ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagte wäre bei Fortgeltung des Distributorvertrages aus dem Jahr 1992 keinen Einschränkungen hinsichtlich ihres Abnehmerkreises unterworfen gewesen; solche Einschränkungen hätten ihr von der Klägerin auch nicht einseitig auferlegt werden können.

28

Ein einseitiges Änderungsrecht ergibt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht aus Nr. 1.6 des Vertrages. Der Senat kann die Auslegung der Klausel selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht sich damit nicht befasst hat, der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (Senatsurteil vom 12. Juli 1995 - VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327, unter III 1 m.w.N.). Die Klägerin hat sich mit der genannten Vertragsbestimmung zwar das Recht vorbehalten, die Vertragsprodukte auch über andere Distributoren, selbst unmittelbar an Kunden oder auf sonstigen Vertriebswegen zu vermarkten. Die Regelung knüpft daran an, dass dem

Distributor nach Nr. 1.1 des Vertrages keine Exklusivrechte eingeräumt werden. Sie lässt für den durchschnittlichen Vertragspartner der Klägerin aber nicht erkennen, dass diese berechtigt sein soll, einem Distributor einseitig das ihm durch den Vertrag eingeräumte (nicht ausschließliche) Erwerbs- und Veräußerungsrecht für die Vertragsprodukte ganz oder teilweise wieder zu entziehen.

29 cc) Eine rechtliche Bindung der Beklagten an das von der Klägerin angestrebte qualitativ-selektive Vertriebssystem lässt sich ferner nicht aus dem von der Revisionserwiderung erhobenen Einwand herleiten, die Klägerin habe die Veränderungen der Vertriebsstruktur bereits während des Vertragsverhältnisses der Parteien vorbereitet und auch mit der Beklagten spätestens seit Mai 1992 erörtert. Die Revisionserwiderung legt nicht dar, dass dies in Abstimmung mit der Beklagten zu einer Änderung des Inhalts des laufenden Vertriebsvertrages geführt hätte. Unstreitig ist auch kein neuer Vertriebsvertrag mit der Klägerin zustande gekommen. Maßgebend ist daher allein der von der Klägerin gekündigte Distributorvertrag aus dem Jahr 1992, der aber, wie bereits ausgeführt, für eine Änderung des Vertriebs im Verhältnis zur Beklagten keine Grundlage bot.

30 c) Vor diesem Hintergrund bedarf keiner Entscheidung, ob, wie die Revision meint, die Einschränkung des Kundenkreises auf autorisierte Händler und die Entziehung der Endkunden und unautorisierten Wiederverkäufer - ihre Zulässigkeit unterstellt - eine ihrerseits entsprechend § 89b HGB ausgleichspflichtige Teilbeendigung des Distributorvertrags von 1992 dargestellt hätte (vgl. dazu Löwisch, aaO, Rdnr. 41 m.w.N.; offen gelassen in BGHZ 124, 10, 12 f.; 142, 358, 369 f.).

31 4. Ohne Erfolg bleibt die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft die Entgeltverluste der Beklagten auf Nettobeträge ohne Mehrwertsteuer zurückgeführt. Zwar sind unter Provisionen, deren Verlust nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB die Bemessungsgrundlage für den Ausgleichs-

anspruch bildet, die Bruttoprovisionen zu verstehen (BGHZ 61, 112). Dies hat das Berufungsgericht jedoch dadurch berücksichtigt, dass es der Beklagten den von ihm errechneten Ausgleichsanspruch zuzüglich Mehrwertsteuer zuerkannt hat, wie dies bei einer Ermittlung des Ausgleichsanspruchs ausgehend von Nettoumsätzen der Vorgehensweise in der Rechtsprechung entspricht (Senatsurteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 141/95, WM 1996, 1962, unter B III 2; BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 - I ZR 188/85, WM 1987, 1462, unter II B 1 e). Die Beklagte hat dagegen keinen Anspruch auf einen zweifachen Ansatz, indem zunächst Bruttoumsätze zugrunde gelegt werden und dann dem errechneten Ausgleichsanspruch noch einmal die Mehrwertsteuer hinzugerechnet wird. Der Unternehmer ist ohne eine besondere Vereinbarung, die die Beklagte nicht geltend macht, nicht verpflichtet, auf den auf der Grundlage von Bruttoprovisionen errechneten Ausgleichsbetrag zusätzlich Mehrwertsteuer zu zahlen (BGHZ aaO, 115; BGH, Senatsurteil vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, WM 1998, 31, unter B II 4).

32 5. Zu Unrecht vertritt die Revision ferner die Auffassung, das Berufungsgericht hätte die von ihm bei einem vierjährigen Prognosezeitraum angenommene jährliche Abwanderungsquote von 20 % ab dem zweiten Prognosejahr jeweils auf den im Vorjahr noch verbliebenen Altkundenbestand beziehen müssen und nicht pro Jahr einen Verlust von 20 % des im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung vorhandenen Stammkundenumsatzes annehmen dürfen.

33 Die Bestimmung der Abwanderungsquote unterliegt der tatrichterlichen Würdigung, die nur eingeschränkt darauf überprüfbar ist, ob das Gericht die Grenzen des richterlichen Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 2 ZPO) überschritten hat. Dabei ist der Tatrichter nicht auf eine bestimmte Berechnungsweise festgelegt. Der Senat hat in seiner Rechtsprechung sowohl diejenige des Berufungsgerichts (Senatsurteile vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06,

aaO, Tz. 50; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 3 und VIII ZR 58/00, WM 2003, 491, unter B III; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO, unter B II 3 und VIII ZR 92/96, WM 1998, 25, unter B I 3) als auch die von der Revision für richtig gehaltene Methode (Senatsurteil vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, WM 2003, 2095, unter B I 3 b) gebilligt. Die Grenzen des richterlichen Schätzungsermessens sind bei Annahme eines Gesamtverlustes von $80\% + 60\% + 40\% + 20\% = 200\%$ der für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs maßgeblichen Einkünfte im letzten Vertragsjahr jedenfalls dann gewährt, wenn - wie hier - keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund der Kundenbewegungen während der Vertragszeit oder anderer konkreter Umstände mit einer stärkeren oder geringeren Abwanderung der geworbenen Stammkunden zu rechnen ist (vgl. Senatsurteile vom 12. September 2007 - VIII ZR 194/06, aaO, Tz. 50 und vom 12. Februar 2003 - VIII ZR 130/01, aaO, unter B I 3 b; Senatsurteile vom 10. Juli 2002 - VIII ZR 158/01, aaO, unter II 3 und VIII ZR 58/00, aaO, unter B III; Senatsurteile vom 6. August 1997 - VIII ZR 150/96, aaO, unter B II 3 und VIII ZR 92/96, aaO, unter B I 3).

34

Die Beklagte hat zwar, wie die Revision weiter geltend macht, im Zusammenhang mit der Ermittlung der Stammkunden vorgetragen und durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, dass die Kunden wegen der sehr hohen Bindung an die Software gezwungen gewesen seien, stets und ständig diese zu verwenden oder das System vollständig aufzugeben, was mit einem außerordentlich hohen Aufwand verbunden gewesen wäre. Soweit die Revision daraus eine Abwanderungsquote von deutlich weniger als 20 % ableiten will, hat das Berufungsgericht dem jedoch entgegen gehalten, dass gerade die Entwicklung der Tätigkeit der Beklagten zeige, dass es mehr und mehr Distributoren gebe und die Händler durchaus die Distributoren wechselten mit

der Folge, dass die von der Beklagten erzielte Gewinnspanne von Jahr zu Jahr zurückgegangen sei. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

III.

35 Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil es weiterer Feststellungen dazu bedarf, ob der sich aus dem oben Ausgeführten ergebende Ausgleichsanspruch der Beklagten die Höchstgrenze des § 89b Abs. 2 HGB überschreitet. Das Berufungsgericht hat dies - ausgehend von seiner Berechnung - verneint mit der Erwägung, der von der Beklagten erzielte Rohertrag sei in den letzten Jahren zurückgegangen und der Betrag des letzten Vertragsjahrs sei zudem durch die wegen des künftigen Wegfalls von Endabnehmern vorgenommene Reduzierung der Marge zusätzlich nicht unerheblich gemindert worden. Da die letztgenannte Annahme von Rechtsfehlern beeinflusst ist, ist offen, ob das von der Beklagten in den letzten fünf Jahren durchschnittliche erzielte Entgelt, soweit es der Provision eines Handelsvertreters entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1991 - I ZR 51/90, WM 1992, 825, unter III 2 c), höher oder geringer ist als der sich aus

§ 89b Abs. 1 HGB ergebende Ausgleichsanspruch. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Wolst

Hermanns

Dr. Milger

Dr. Achilles

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 17.11.1995 - 100 O 171/93 -

KG Berlin, Entscheidung vom 02.12.2004 - 2 U 2727/00 -