
Datum: 11.02.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 35. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 35 U 45/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0211.35U45.99.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 50/99

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 14. April 1999 verkündete Urteil 13. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 30.064,73 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 06. Januar 1998 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten beider Instanzen tragen der Kläger zu 3/5 und die Beklagte zu 2/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 6.000,00 DM ab-wenden, die Beklagte die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 34.000,00 DM, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Das Urteil beschwert keine Partei um mehr als 60.000,00 DM.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|--|----|
| Der Kläger war bis Ende 1997 Pächter einer Tankstelle der Beklagten und deren Handelsvertreter. Er verlangt im vorliegenden Prozeß einen Handelsvertreterausgleich gem. § 89 b HGB. Folgendes liegt zu Grunde: | 1 |
| Von 1970 bis zum 30.09.92 betrieb der Kläger eine Tankstelle der Beklagten in C-H, I-Allee. Der Vertrag endete durch Kündigung. | 2 |
| Zur Geltendmachung eines Ausgleichanspruchs kam es nicht, denn mit Tankstellen-Vertrag vom 24.11.1992 konnte er ab dem 01.01.1993 eine andere Tankstelle der Beklagten in C-Y, D-Allee übernehmen. | 3 |
| In § 6 Ziffer 4 des Vertrages vom 24.11.1992 heißt es, 50 % der nach dem Vertrag zu zahlenden Vergütungen entfielen auf die verwaltende Tätigkeit des Klägers. | 4 |
| Im März 1997 erlitt der Kläger einen Schlaganfall. Am 13./25.11.1997 vereinbarten die Parteien daher die Beendigung des Tankstellen-Vertrages zum Jahresende. | 5 |
| Nach Vertragsende korrespondierten die Parteien über die Zahlung des dem Kläger zustehenden Handelsvertreterausgleichs. Die Umsätze der letzten fünf Jahre als Grundlage der Berechnung sind dabei unterschiedlich angegeben worden. Inzwischen ist die Durchschnittsprovision der Jahre 1993 bis 1997 mit 132.337,80 DM unstreitig. | 6 |
| Der Kläger hat einen Provisionsverlust von netto 151.197,33 DM errechnet, seinen Anspruch aber gem. § 89 b Abs. 2 auf die Durchschnittsprovision der letzten fünf Jahre, also auf 132.337,80 DM zzgl. 16 % MWSt = 152.188,47 DM beschränkt. | 7 |
| Auf den geltend gemachten Ausgleichsanspruch hat die Beklagte 80.500,00 DM sowie 626,11 DM Zinsen, insgesamt 81.126,11 DM gezahlt. | 8 |
| Mit der Klage hat der Kläger 152.188,47 DM nebst 8 % Zinsen ab Verzugseintritt abzüglich der geleisteten Zahlungen verlangt und vorgetragen: | 9 |
| Grundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs sei die letzte Jahresprovision, die gem. der Aufstellung Bl. 100 117.180,00 DM betragen habe. | 10 |
| Davon seien allenfalls 10 % als der für Verwaltungstätigkeiten gezahlte Provisionsanteil abzusetzen. Lagerhaltung und Inkasso zählten nach der neuesten Rechtsprechung des BGH nämlich nicht mehr zur verwaltenden, sondern zur werbenden Tätigkeit. Die anderweitige Vereinbarung im Tankstellenvertrag über den Anteil der Verwaltungsprovision sei unwirksam. | 11 |
| Der Umsatz mit Stamm- bzw. Mehrfachkunden sei gemäß der Rechtsprechung des BGH nicht mehr konkret vorzutragen, vielmehr könne er sich insoweit auf eine von der Beklagten in Auftrag gegebene, repräsentative Meinungsumfrage berufen, nach der 84 % aller Autofahrer bis zu drei Tankstellen hätten, die sie als Stammtankstellen bezeichneten und regelmäßig | 12 |
| | 13 |

aufsuchten. Der BGH habe aus dieser Repräsentativbefragung einen Stammkundenumsatzanteil von mehr als 90 % errechnet. Zumindest betrage der Stammkundenumsatzanteil 84 %. Also sei der den von ihm geworbenen Stammkunden zuzurechnende Provisionsanteil wie folgt zu berechnen:

Nettoprovision 1997 117.180,00 DM 14

./ Provisionsanteil für Verwaltungstätigkeit 11.718,00 DM 15

105.462,00 DM 16

Stammkundenumsatzanteil (84 % davon) 88.588,08 DM 17

Rechne man mit einem Abwanderungsverlust von 20 % pro Jahr, betrage der Provisionsverlust 200 % (80 % + 60 % + 40 % + 20 %). Daraus ergebe sich ein Provisionsverlust von netto 18

200 % von 88.588,08 DM 177.176,16 DM 19

./ 8 % Abzinsung für 4 Jahre 25.978,69 DM 20

151.197,47 DM 21

Das übersteige die Kappungsgrenze, so daß sich der Anspruch auf die durchschnittliche Provision der letzten 5 Jahre beschränke. 22

Der Kläger hat beantragt, 23

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 152.181,47 DM nebst 24

5 % Zinsen ab 06.01.1998 und weiteren 3 % von 136.728,33 DM ab 19.02.1998 und von 15.460,14 DM ab Rechtshängigkeit zu zahlen, abzüglich am 02.03.1998 von der Beklagten geleisteter 81.062,33 DM. 25

Die Beklagte hat beantragt 26

die Klage abzuweisen. 27

Sie hat geltend gemacht, mit der erfolgten Zahlung sei der Ausgleichsanspruch erfüllt. Ein höherer Anspruch sei nicht schlüssig vorgetragen. 28

Der Rechtsprechung des BGH, die zur Darlegung des Stammkundenprovisionsanteils den Rückgriff auf eine von ihr in Auftrag gegebene Repräsentativumfrage zum Tankverhalten aus dem Jahr 1987 zulasse, sei nicht zu folgen. Das Kundenverhalten habe sich seither infolge sparsamerer Motoren, größerer Tankkapazitäten und eines anderen Mobilitätsverhaltens (mehr Freizeit- und Kurzurlaubsverkehr) erheblich geändert. Nach einer neueren Forsa-Umfrage seien nur 44 % der Autofahrer als Stammkunden anzusehen. Schon deshalb sei der Rückgriff auf die erwähnte Umfrage nicht möglich. Folglich sei auch der Stammkundenumsatzanteil und der daraus folgende Provisionsverlust nicht substantiiert vorgetragen. 29

Auch wenn man dem BGH folge, ergebe sich kein Anspruch in der vom Kläger begehrten Höhe: 30

31

- Die im letzten Jahr erzielte Nettoprovision habe nur 115.396,00 DM betragen. Daraus sei der Anteil der Kartenkunden herauszurechnen, weil der Kläger diese nicht geworben habe. Dann blieben 109.582,00 DM als Berechnungsgrundlage.

Bei der Berechnung des Stammkunden-Umsatzanteils sei zu beachten, daß auch ein Stammkunde während des Urlaubs und dann und wann seinen Kraftstoffbedarf anderweitig decke. Der Absatzanteil der Stammtanker reduziere sich daher um 20 bis 25 %. 32

Den nicht in die Provisionsberechnung einzubeziehenden Verwaltungskostenanteil habe der Kläger auch dann zu niedrig angesetzt, wenn man die vertragliche Festlegung eines Anteils von 50 % für unwirksam halte. Eine betriebswirtschaftliche Auswertung der in einer Tankstelle anfallenden Tätigkeiten habe ergeben, daß von dem Zeitbedarf für die Agentur sogar 52,7 % auf verwaltende Tätigkeiten entfielen (Aufstellung Bl. 232 ff). 33

Schließlich sei wegen der Sogwirkung der Marke, die bei B höher als bei anderen Mineralölgesellschaften und mit Millionenbeträgen für die Werbung erkaufte sei, ein Billigkeitsabzug zu machen. Auch der Investitions- und Kostenaufwand für Tankstellen liege bei B deutlich über dem Branchenschnitt; auch das rechtfertige einen Billigkeitsabzug. 34

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein über die gezahlten 81.062,33 DM hinausgehender Ausgleichsanspruch sei nicht festzustellen. 35

Der Kläger könne seiner Beweispflicht für den Stammkunden- und Mehrfachkundenumsatz nicht durch Berufung auf eine B-Information aus dem Jahre 1988 genügen. Beweisaufnahmen in anderen Verfahren hätten nämlich stark schwankende Stammkundenumsatzanteile zwischen 20 und 90 % ergeben, je nach Lage der Tankstelle und der Intensität der Kundenbetreuung. 36

Ein Rückgriff auf allgemeine Statistiken sei auch gar nicht geboten, weil der Pächter den eigenen Stammkundenumsatzanteil durch Befragung seiner Kunden oder Beauftragung eines Meinungsforschungsinstituts selbst genau ermitteln könne. Eine solche Befragung sei auch nachholbar. 37

Da der Kläger den Stammkundenumsatzanteil nicht näher dargelegt und unter Beweis gestellt habe, komme es auf die weitere zwischen den Parteien streitige Frage des Verwaltungskostenanteils nicht an. 38

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seinen ursprünglichen Klageantrag unter anderweitiger Verrechnung der erfolgten Zahlung weiter verfolgt. Er trägt vor: 39

Das Landgericht habe die neue Rechtsprechung des BGH zur Ermittlung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenpächters mit wenig überzeugenden Argumenten ausgehebelt. 40

Die Repräsentativumfrage, auf die er die Berechnung des Stammkundenumsatzanteils im Anschluß an die Rechtsprechung des BGH gestützt habe, sei keineswegs überholt. 41

Soweit die Beklagte einen Rückgang des Stammkundenanteils unter Berufung auf eine 1996 durchgeführte Studie des MAFO-Instituts behaupte, werde bestritten, daß die Umfrage repräsentativ gewesen sei. Sie sei vielmehr nebenbei zu einer anderen Umfrage erfolgt. 42

Es sei keineswegs richtig, daß die Stammkunden, wie das Landgericht gemeint habe, durch Befragungen oder Auslegen von Listen zuverlässig erfaßt werden könnten. Eine umfassende, brauchbare Befragung der Kunden müsse über einen Monat gehen und professionell durchgeführt werden, um komplizierte Überschneidungen mit Stamm- und Mehrfachkunden zu erfassen. Das sei unzumutbar teuer.

Die Einwände der Beklagten zur Anspruchsberechnung in der Klageerwiderng seien unzutreffend: 44

- Solange die Beklagte seinen Vortrag zu den Falschbuchungen und den sich daraus ergebenden korrigierten Umsatzzahlen nicht substantiierter bestreite, könne er dazu auch nicht mehr vortragen. 45

- Die Umsätze mit den Kartenkunden, die nur gering gewesen seien, dürften nicht abgezogen werden. Die von der Beklagten ausgegebene Karte gelte auch für C2-Tankstellen; sie habe keine andere Funktion als eine Kreditkarte. Auch Kartenkunden müßten daher erst geworben werden, zumal manche Autofahrer Tankkarten verschiedener Gesellschaften besäßen. Mitursächlichkeit seiner Tätigkeit für das Zustandekommen von Verträgen mit Kartenkunden genüge. Die Beklagte müsse beweisen, daß die Kartenkunden auch dann Aral getankt hätten, wenn es seine, des Klägers Station nicht gegeben hätte. Sie kenne Namen und Anschrift der Kartenkunden und könne daher diesen Beweis antreten. 46

- Bei der Ermittlung, inwieweit die Provisionen für verwaltende Tätigkeit gezahlt seien, sei die Beklagte nach der Rechtsprechung des BGH darlegungs- und beweispflichtig. Die dazu von der Beklagten in erster Instanz überreichte Aufstellung helfe nicht weiter. Zu den berufstypischen werbenden Tätigkeiten gehöre, wie der BGH bereits anerkannt habe, die Lagerhaltung. Auch die Inkassotätigkeit - vom BGH offen gelassen - sei dazuzurechnen, zumindest solange, wie die Barzahlungen überwögen. 47

Im übrigen sei die von der Beklagten bei der Inkassotätigkeit vorgenommene Aufteilung zwischen Agentur- und Shopgeschäft abwegig. Auf das Shopgeschäft entfalle ein viel höherer Anteil. Falsch sei auch, das kaufmännische Management als verwaltende Tätigkeit für die Beklagte einzuordnen. Er nehme insoweit nur seine eigenen Interessen wahr. Tätigkeiten der Beklagten führe er insoweit nicht aus; dazu fehle ihm schon die notwendige Qualifikation. 48

- Bei der Berechnung des Provisionsverlustes sei zu prüfen, ob nicht für das erste Jahr entgegen der bisherigen Berechnung des BGH nur eine Abwanderung von 10 % anzunehmen sei, denn eine Abwanderung von 20 % ergebe sich ja erst zum Ende des ersten Jahres. Insgesamt betrage der Provisionsverlust daher 250 % des letzten Jahresumsatzes. 49

- Einen Anlaß für einen Billigkeitsabzug gebe es nicht. Eine Sogwirkung der Marke gebe es nicht. Jeder halbwegs informierte Autofahrer wisse, daß alle Kraftstoffe eine gleichbleibende, durch DIN-Normen garantierte Qualität hätten. 50

Auch der Standortvorteil sei im Rahmen der Billigkeitsabwägung nicht zu berücksichtigen. Diesen Vorteil bezahle er mit der Pacht. 51

Der Kläger beantragt, 52

das angefochtene Urteil anzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 71.688,47 DM 53
nebst folgenden Zinsen zu zahlen:

5 % aus 71.688,47 DM ab dem 06.01.1998,	54
weitere 3 %	55
aus 136.728,33 DM vom 19.02.1998 bis 02.03.1998,	56
aus 56.228,33 DM vom 03.03.1998 bis 15.03.1998,	57
aus 71.688,47 DM ab dem 16.03.1998.	58
Die Beklagte beantragt,	59
die Berufung zurückzuweisen.	60
Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts und trägt ergänzend vor:	61
Die neuere Rechtsprechung des BGH zum Ausgleichsanspruch weise dem Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Stammkundenumsatzanteils und der Trennung zwischen werbenden und verwaltender Tätigkeit zu. Das sei zu weitgehendes Richterrecht, das gegen den Gleichheitsgrundsatz und andere grundlegende Prinzipien von Verfassungsrang verstoße.	62
Zu kritisieren sei auch der Ausgangspunkt des BGH für die Überlegung, weshalb der Tankstellenhalter die Darlegungslast hinsichtlich der Stammkunden durch Berufung auf eine Statistik erfüllen könne. Auch wenn der Benzinverkauf ein anonymes Massengeschäft sei, sei dieser Begriff als Abgrenzungskriterium für die besondere prozessuale Behandlung ungeeignet. Einen Teil seiner Stammkunden kenne der Tankstelleninhaber. Die übrigen Kunden könne er mit relativ geringem Kostenaufwand erfassen, etwa durch Ausgabe der vom Verband der Tankstellenpächter empfohlenen Kundenerfassungskarten. Notfalls könne der Pächter auch die Autokennzeichen erfassen.	63
Die Allensbach-Studie, auf die sich der BGH in seinen jüngsten Urteilen gestützt habe, sei nicht mehr aktuell. Die demoskopischen Grundlagen, insbesondere die Tankgewohnheiten und das Einzugsgebiet der Tankstellen hätten sich seit 1987 grundlegend geändert, gerade in C.	64
Die Studie sei als Anknüpfungspunkt für die Ausgleichsberechnung in mehrfacher Hinsicht ungeeignet:	65
Zum einen gebe es keine Durchschnittstankstelle. Jedenfalls entsprächen die Verhältnisse an der Tankstelle des Klägers nicht dem statistischen Durchschnitt (Beweis: SV-Gutachten).	66
Zum anderen besage die Umfrage nichts zum allein interessierenden Stammkundenprovisionsanteil. Es sei nur nach der Markenbindung, nicht danach gefragt worden, wieviel Prozent ihres Bedarfs die Kunden an ihrer Stammtankstelle deckten.	67
Den Umsatzanteil könne man nur ermitteln, wenn man die Studie zum Stammkundenanteil mit einer anderen Studie über Zahl und Menge der jährlichen Tankvorgänge verknüpfe. Das sei aber nicht genau genug.	68
Im übrigen habe eine von ihr in Auftrag gegebene neuere Umfragen des MAFO-Instituts niedrigere Zahlen ergeben, nämlich 60 % Stammkunden und nur noch 13 % Kunden mit mehreren Stammtankstellen. Derselbe Trend ergebe sich aus der vorgelegten Forsa-	69

Umfrage.

Das Argument des Klägers, eine genaue Ermittlung des Stammkundenumsatzanteils sei zu teuer, sei unerheblich. Kosten spielten im Prozeßrecht auch sonst keine Rolle. 70

Zur Berechnung des Klägers führt die Beklagte aus: 71

1) 72

Die vom Kläger vorgetragenen Zahlen zur Provision im letzten Vertragsjahr würden nicht mehr bestritten. 73

2) 74

Der Umsatz mit Kartenkunden sei abzuziehen, denn diese seien schon geworben. Der Kläger beliebere sie nur und stelle keine Rechnung, sondern einen Lieferschein aus. Eine Mitursächlichkeit bestehe nicht. 75

Eine Kundenintensivierung sei nicht vorgetragen. 76

3) 77

Die Klausel über den Verwaltungskostenanteil sei die Regelung einer Hauptleistungspflicht und daher der Inhaltskontrolle nach dem AGBG entzogen. Im übrigen komme nur ein Verstoß gegen § 89 b Nr. 4 HGB in Betracht. Der Handelsvertreter werde insoweit durch die Festlegung des auf Verwaltungstätigkeit entfallenden Provisionsanteils aber nicht benachteiligt, weil er im Ausgleichsprozeß sowieso die Höhe des Verwaltungskostenanteils zu beweisen habe. 78

Im übrigen entspreche die Vereinbarung eines 50 %-Anteils für die Verwaltungstätigkeit den tatsächlichen Verhältnissen. Die in erster Instanz vorgelegte Aufstellung über den Umfang der verwaltenden Tätigkeit in der Tankstelle beruhe auf jahrelangen Ermittlungen und Erfahrungen ihrer Mitarbeiter. Die Inkassotätigkeit und alle damit zusammenhängenden Arbeiten wie Bl. 466 aufgeschlüsselt gehörten zu dieser Verwaltungstätigkeit. Selbst bei bestmöglicher Organisation entfielen 53 % aller Tätigkeiten auf die Verwaltungsarbeiten. 79

4) 80

Der Verlustprognose einen Zeitraum von 5 Jahren zu Grunde zu legen, sei angesichts des neuen Mehrfachkundenbegriffs zweifelhaft. Wegen des starken Wettbewerbs und Preiskampfes sei von einer hohen Kundenfluktuation auszugehen. So lasse sich nachweisen, daß etwa Preiserhöhungen in Einzelfällen zu Umsatzenschwankungen von 25 % führten (Beweis: Zeugnis L). 81

Der Mehrfachkunde müsse öfter neu geworben werden. Deshalb sei davon auszugehen, daß dieser Kundenstamm nach einem Jahr komplett abgewandert sei. 82

5) 83

Wenn der Stammkundenbegriff so ausgedehnt werde, wie der BGH das tue, müsse bei der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs berücksichtigt werden, inwieweit der erreichte Absatz auf der Sogwirkung der Marke und den Investitionen in den Standort beruhten. Araltankstellen hätten gegenüber der Konkurrenz eine um 1/3 höhere Zugkraft, denn 42 % 84

aller B-Kunden gäben als Motiv für die Wahl der Stammtankstelle die Marke an; bei der Konkurrenz sei die Marke nur das Motiv für 32 % der Kunden.

Mit der Wahl des Standortes und den Investitionen dort, die sich im Grundstücks- bzw. Mietwert spiegeln, habe der Unternehmer hohen Anteil an der Kundenwerbung. Der Pächter erhalte die Tankanlagen kostenlos - nur für den Shop bezahle er Pacht. Das müsse sich in einem Billigkeitsabzug niederschlagen. 85

Schließlich wirke sich auch der Bezug einer Festvergütung anspruchsmindernd aus. 86

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 87

Entscheidungsgründe 88

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. 89

Der Kläger hat auf Grund des Tankstellenvertrages Kraft-, Treib- und Schmierstoffe der Beklagten als Handelsvertreter in deren Namen verkauft. Nach Beendigung des Vertrages ist er daher gemäß § 89 b HGB ausgleichsberechtigt, was die Beklagte nicht in Zweifel zieht. 90

Durch die am 02.03.1998 erfolgte Zahlung von 80.500,- DM ist der Anspruch nur teilweise erfüllt worden. 91

1. 92

Basis der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist die im letzten Vertragsjahr, also 1997 für Umsätze mit Stammkunden gezahlte Provision. Zu ermitteln ist also der Stammkundenprovisionsanteil. 93

Eine fallbezogene Ermittlung ist nicht überflüssig. Daran, daß sich die Beklagte im Jahre 1988 gegenüber vier anderen Tankstellenhaltern in C (Schreiben Bl. 133 ff.) darauf eingelassen hat, mit einem Stammkundenprovisionsanteilanteil von 94

90 % zu rechnen, braucht sie sich nicht festhalten zu lassen. Das damalige Entgegenkommen hindert sie nicht, jetzt andere Zahlen zu behaupten. 95

a) 96

Der Kläger schätzt den maßgeblichen Provisionsanteil auf der Grundlage einer Allensbachstudie aus dem Jahre 1987 und der statistischen Annahme, daß der deutsche Autofahrer im Durchschnitt 36 mal jährlich jeweils 30 Liter tankt. 97

Damit stützt er sich auf die Rechtsprechung des BGH, der eine solche Schätzung für zulässig erachtet, weil sonst zeit- und kostenaufwendige Erhebungen durchzuführen seien, deren Aussagekraft eher zweifelhaft sei (BGH NJW 98, S. 68). 98

Der Senat folgt dieser Ansicht. Die dagegen vorgebrachten Einwände sind nicht stichhaltig. 99

(1) 100

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat der BGH keine verfassungsrechtlich bedenkliche Beweislastumkehr vollzogen, sondern nur die Berufung auf allgemeine statistische Daten zur Erfüllung der Beweislast des Tankstellenhalters zugelassen. 101

(2)

Daß die Voraussetzungen für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils gem. § 287 Absatz 2 ZPO nicht vorlägen, weil die Stammkunden ohne großen Kostenaufwand exakt ermittelt werden könnten, ist nicht nachvollziehbar. Die von der Beklagten genannten Methoden sind entweder unbrauchbar oder unverhältnismäßig teuer. 103

Den Stammkundenanteil durch Ausgabe von Kundenerfassungskarten oder die Auslage von Kundenlisten zuverlässig festzustellen, ist nicht möglich. Dazu wäre die freiwillige Mitarbeit **aller Kunden** notwendig, die nicht zu realisieren ist. 104

Eine repräsentative Befragung eines bestimmten Anteils der Kunden dürfte ebenfalls nicht in Betracht kommen, weil man die Gesamtheit der Kunden nicht kennt, also auch keine repräsentative Auswahl treffen kann. Also müssen, soll ein brauchbares Ergebnis erzielt werden, alle Kunden über mindestens einen Monat befragt werden. Frühestens nach Ablauf dieses Zeitraums sind alle Stamm- und Mehrfachkunden erfaßt, die mehrere Stammtankstellen haben und daher nur 12-mal pro Jahr oder noch weniger oft tanken. 105

Da es vorkommt, daß mehrere Kunden gleichzeitig tanken, muß man mehrere Personen für die Kundeninterviews abstellen. Das kostet nach der unwidersprochenen Darstellung des Klägers mindestens 40.000,00 DM (Bl. 291 GA) und setzt voraus, daß die Kunden überhaupt im erforderlichen Umfang bereit sind, sich befragen zu lassen. Bei solchem Aufwand für eine genaue Ermittlung sind die Voraussetzungen für eine Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO erfüllt. 106

Auch der Vorschlag, über längere Zeit die Autonummern aller Kunden zu notieren und so festzustellen, wer innerhalb eines übersehbaren Zeitraums Folgegeschäfte abschließt, ist nicht billiger: 107

Eine zuverlässige Notierung dürfte nur möglich sein, wenn jemand ausschließlich mit dieser Aufgabe betraut wird. Das muß über mehrere Monate erfolgen, weil sich nur dann ermitteln läßt, welcher Autofahrer in einem übersehbaren Zeitraum **mehrfach** tankt, also Mehrfachkunde im Sinne der Rechtsprechung ist. 108

Die Liste der erfaßten Autonummerns ist anschließend auszuwerten. Die mehrfach auftauchenden Nummern sind durch Eingabe in einen Computer zu ermitteln. Erst danach kann unter Einschaltung des Straßenverkehrsamt eine Stammkundenliste erstellt werden. 109

(3) 110

Schließlich verfängt auch der Einwand nicht, eine allgemeine Umfrage über das Verhalten der Tankkunden sei für die Ermittlung des Stammkundenanteils einer bestimmten Tankstelle ungeeignet. 111

Auch der BGH hat gesehen, daß die von der Beklagten in Auftrag gegebene Allensbachstudie nur den Stammkundenanteil einer virtuellen **Durchschnittstankstelle** erfaßt, also Aussagen für einzelne Großstädte und einzelne Tankstellen nicht zuläßt. Gerade deshalb hat er sie in den entschiedenen Fällen für anwendbar gehalten, weil auch Tankstellen der zu beurteilenden Art in der Studie berücksichtigt seien. 112

Insoweit geht es letztlich um die schlichte Frage, ob eine Schätzung auf der Grundlage allgemeiner Umfragen genau genug ist. Dies ist eine Wertungsfrage, die der Senat nicht anders beantworten will als der BGH. 113

b)	114
Für berechtigt hält der Senat allerdings den Einwand, die Allensbachstudie aus dem Jahre 1987 sei veraltet; Grundlage einer Schätzung des Stammkundenprovisionsanteils können daher nur die Ergebnisse der Studie sein, die das MAFO-Institut im Jahre 1996 im Auftrag der Beklagten erstellt hat.	115
Der Kläger muß die Grundlagen für die Berechnung seines Ausgleichsanspruchs darlegen und beweisen. Auch wenn man dazu die Berufung auf statistisches Material zuläßt, muß er doch wenigstens dessen Brauchbarkeit und Aktualität belegen.	116
Die Aktualität der Allensbachstudie hat die Beklagte durch die Berufung auf die 10 Jahre später erstellte MAFO-Studie substantiiert bestritten. Des Nachweises der Aktualität ist der Kläger nicht deshalb enthoben, weil der BGH die Allensbachstudie in seinen vier Urteilen vom 06.08.1997 (VIII ZR 90/96; VIII ZR 91/96; VIII ZR 92/96; VIII ZR 150/96) verwertet hat. Die Auseinandersetzung mit der Frage der Aktualität war in jenen Verfahren nicht notwendig, weil - wie unbestritten vorgetragen - eine Änderung der statistischen Daten in jenen Verfahren nicht geltend gemacht worden ist (Bl. 437 GA).	117
Daß der Kläger seinerseits die Brauchbarkeit der MAFO-Studie bestreitet, hindert deren Verwertung nicht.	118
Die allgemeine Kompetenz des MAFO-Instituts zieht der Kläger nicht in Zweifel, sondern rügt nur, es sei nicht belegt, daß die Studie repräsentativ sei. Das ist unsubstantiiert. Gemäß der Pressemitteilung Bl. 337 GA ist die Studie im Auftrag der Beklagten erstellt worden. Wäre sie, wie der Kläger spekuliert , als Annex zu einer anderen Umfrage durchgeführt worden und deshalb nicht repräsentativ für Tankkunden, wäre sie für die Beklagte unbrauchbar gewesen, die solche Studien als Grundlage für unternehmerische Entscheidung braucht. Das erscheint so gut wie ausgeschlossen.	119
Zweifel an der Brauchbarkeit der Studie sind auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die Beklagte sie trotz der Auflage, zu den neueren Umfragen näher vorzutragen (Bl. 373 R GA), nicht vorgelegt hat. Eine Vorlegungspflicht gem. §§ 421, 422 ZPO besteht nicht. Die Beklagte hat plausibel vorgetragen, bei Vorlage der Studie laufe sie Gefahr, daß Geschäftsgeheimnisse publik würden (Bl. 432).	120
Wenn der Kläger in dem nach Schluß der Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 20.01.2000 behauptet, die Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung am 14.01.2000 selbst eingeräumt, daß das MAFO-Institut keine repräsentative Auswahl von Tankkunden befragt habe, so ist das falsch. Der Kläger hat zwar im Termin bestritten, daß die Studie repräsentativ sei, und ins Blaue behauptet, sie könne als Annex zu einer anderen Umfrage entstanden sein, die Frage ist aber nicht weiter vertieft worden; insbesondere hat die Beklagte die Behauptung des Klägers nicht bestätigt, sondern dazu keine Erklärung abgegeben.	121
Da der Kläger keinen Beweis dafür angeboten hat, daß die Ergebnisse der Allensbachstudie auch heute noch Gültigkeit haben, ist davon auszugehen, daß er sich hilfsweise die Ergebnisse der MAFO-Studie zu eigen macht, um überhaupt eine akzeptierte Grundlage für eine Schätzung des Stammkundenprovisionsanteils zu haben.	122
c)	123
	124

Aus dem Anteil von Stammkunden unter allen Tankkunden, wie er sich aus der MAFO-Studie ergibt, muß auf den Stammkundenumsatzanteil geschlossen werden.

aa) 125

Der BGH hat auf der Grundlage der höheren Stammkundenanzahlen der Allensbachstudie einen Stammkundenumsatzanteil von 93,4 % errechnet (BGH NJW 98, S. 74, 75). Wenn man davon ausgehe, daß ein Tankkunde pro Jahr 36 mal jeweils 30 Liter tanke, müsse der auf einen einzelnen Stammkunden entfallende Jahresumsatz größer sein als der eines Laufkunden, weil der Stammkunde pro Zeiteinheit häufiger tanke. Wenn die Stammkunden mit nur einer Tankstelle alle 36 Tankvorgänge an der Tankstelle des Klägers durchführten, die Stammkunden mit 3 Stammtankstellen jede dritte Tankung, also insgesamt 12 Tankvorgänge, und die Laufkunden 11 Tankvorgänge, ergäben sich - pro hundert Kunden - folgende Zahlen:

 126

62 Kunden tanken 36 mal 2232 Tankvorgänge 127

22 Kunden tanken 12 mal 264 Tankvorgänge 128

16 Kunden tanken 11 mal 176 Tankvorgänge 129

Tankvorgänge insgesamt 2672 Tankvorgänge 130

Also entfielen von 2672 Tankvorgängen 2496 auf Stammkunden, nämlich 93,4 %. 131

bb) 132

Diese Berechnung übersieht, daß Stammkunden mit mehreren Tankstellen und Laufkunden insgesamt nicht weniger tanken. Zwar ist ihr Umsatz, bezogen auf eine Tankstelle, geringer, dafür machen sie Umsätze an verschiedenen Tankstellen. Deshalb kann der Stammkundenumsatzanteil einer durchschnittlichen Tankstelle 84 % nicht übersteigen, wie die folgende **Modellrechnung** zeigt, die von den Zahlen und Prämissen des BGH ausgeht: 133

Auf einer Insel mit 36 Tankstellen leben 10.000 Autofahrer. 62 %, also 6200, haben eine Stammtankstelle. Sie tanken 36 mal pro Jahr, so daß sich 223.200 Tankvorgänge pro Jahr ergeben. Unterstellt man, daß die 36 Tankstellen Durchschnittstankstellen sind, also gleich attraktiv, wird jede der 36 Tankstellen eine gleiche Zahl von Stammtankern haben. Auf jede entfällt dann 1/36 der 223.200 Tankvorgänge, das sind 6.200 pro Jahr. 134

22 % der Autofahrer, also 2200, haben 3 Stammtankstellen. Auch sie tanken 36 mal pro Jahr. Daraus ergeben sich 79.200 Tankvorgänge. Unterstellt man wieder, daß sich die Gunst der Autofahrer gleichmäßig verteilt, entfällt auf jede der 36 Tankstellen 1/36 der 79.200 Tankvorgänge, das sind 2.200. 135

Die übrigen 16 % Autofahrer, also 1600 haben keine feste Tankstelle. Jeder tankt 36 mal pro Jahr, also ergeben sich pro Jahr 57.600 Tankvorgänge; auch diese verteilen sich gleichmäßig auf die 36 Tankstellen, so daß jede 1600 Tankvorgänge mit Laufkunden hat. 136

Da auf jede der 36 Tankstellen insgesamt 10.000 Tankvorgänge jährlich entfallen, ergeben sich, die gleiche Tankmenge pro Tankvorgang unterstellt, folgende Umsatzanteile: 137

6200 Tankvorgänge mit Autofahrern, 138

139

die eine Stammtankstelle haben 62 %	
2200 Tankvorgänge mit Autofahrern,	140
die 3 Stammtankstellen haben 22 %	141
1600 Tankvorgänge mit Laufkunden 16 %	142
cc)	143
Wendet man die so ermittelten Berechnungsgrundsätze auf die Ergebnisse der MAFO-Studie an, so ergibt sich folgendes:	144
(1)	145
Die Zahl der Stammtanker mit einer Tankstelle ist auf 60 % gesunken. Wie MAFO ermittelt hat, tanken sie 4 von 5 mal an dieser Stammtankstelle (Bl. 337).	146
Da die Klage überhaupt nur schlüssig ist, wenn sich der Kläger die Zahlen der MAFO-Studie zu eigen macht, kann er nicht Teile davon in Zweifel ziehen. Das Argument, es sei unrealistisch anzunehmen, daß Stammtanker 20 % ihres Bedarfs bei Urlaubs- oder sonstigen Fahrten mit weiterem Radius außerhalb ihrer Stamm-tankstelle deckten, überzeugt nicht. Vielmehr ist durchaus plausibel, daß auch Autofahrer mit einer Stammtankstelle immer wieder in Situationen kommen, wo sie gezwungen sind, eine andere Tankstelle aufzusuchen. Welchen Anteil des jährlichen Bedarfs sie anderswo decken, kann zuverlässig nicht durch allgemeine Überlegungen ermittelt werden, sondern nur durch Befragung zu den an der Stammtankstelle getankten Mengen. Das hat das MAFO-Institut nach der vorliegenden Pressemitteilung gemacht. Von dem Ergebnis ist auszugehen.	147
Auch die Beklagte muß sich an dieser Zahl festhalten lassen. Sie hat zwar in der Berufungserwiderung behauptet, der Anteil des außerhalb gedeckten Umsatzes liege sogar zwischen 20 bis	148
25 %, das ist aber im Hinblick auf die MAFO-Studie, auf die sie sich selbst berufen hat, nicht substantiiert.	149
Decken Stammtanker nur 80 % ihres Bedarfs an ihrer Stammtankstelle und die restlichen 20 % an zufällig ausgewählten Stationen, also als Laufkunden, kann auch der Umsatz, den eine durchschnittlichen Tankstelle mit solchen Stammkunden macht, nur 4/5 von 60 %, also 48 % betragen.	150
(2)	151
Der Anteil der Stammkunden mit 2 oder 3 Stammtankstellen beträgt laut MAFO nur noch 13 %. Auch sie tanken nur in 4 von 5 Fällen an ihren Stammtankstellen; den Rest des Bedarfs decken sie aus den oben erörterten Gründen als Laufkunden an anderen Orten.	152
Die durchschnittliche Tankstelle macht dann 10,4 % ihres Umsatzes (4/5 von 13 %) mit diesen Stammtankern.	153
(3)	154
Unter den 27 % Kunden, die sich laut MAFO nicht als Stammkunden bezeichnen, mögen Mehrfachkunden sein, die in einem überschaubaren Zeitraum mehrfach an einer Tankstelle	155

tanken, weil es bei begrenztem Einsatz des PKW für die üblichen Zwecke - Fahrten zur Arbeit und zum Einkaufen - gar nicht so viele verschiedene Tankstellen gibt, daß man jedesmal eine andere aufsuchen könnte. Auch die Provisionen, die für die mit ihnen gemachten Umsätze gezahlt worden sind, könnten in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs einbezogen werden.

Allerdings trägt der Kläger nicht vor, welcher Anteil der Laufkunden Mehrfachkunden in diesem Sinne sind. Ihre Zahl und der Umsatz, den eine durchschnittliche Tankstelle mit ihnen macht, ist also nicht zu erfassen. Die darauf entfallende Provision ist also nicht zu ermitteln. 156

(4) 157

Also ist gemäß den Erörterungen in Abschnitt (1) und (2) der Umsatzanteil mit Stammkunden auf 58,4 % zu schätzen (48 % und 10,4 %). Auf diesen Umsatz entfallen 58,4 % der gezahlten Provisionen. Das ist folglich die Basis für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs. 158

2. 159

Konkrete Berechnung der auf Umsätze mit Stammkunden entfallenden Provision: 160

a) 161

Die Parteien haben im Senatstermin unstreitig gestellt, daß der Kläger 1997 eine Nettoprovision von 117.179,87 DM erzielt hat. Von dieser Zahl ist für die weitere Berechnung auszugehen. 162

b) 163

Die auf Kartenkunden entfallenden Provisionen, welche die Beklagte mit 5.814,00 DM angegeben hat, sind abzuziehen. Den Betrag hat der Kläger nicht substantiiert bestritten. 164

Auszugleichen hat die Beklagte nur den Vorteil, den sie aus künftigen Geschäften mit vom Kläger geworbenen Kunden erwarten kann. Da sie die Kartenkunden hat schon vor dem ersten Tanken selbst geworben hat, liegt insoweit kein dem Kläger zuzurechnender Vorteil vor. 165

Der Einwand des Klägers, daß Kartenkunden genauso wie andere noch zu werben seien, überzeugt nicht. Wer sich eine B-Kundenkarte beschafft, tut das aus Sympathie mit der Marke oder wegen sonstiger Vorteile, sonst könnte er auch mit einer Geld- oder Kreditkarte bezahlen. Er ist deshalb schon gewonnen; daß er die Möglichkeit hat, auch bei C2 zu tanken, schadet nicht. Der mögliche Wechsel zwischen diesen beiden Marken macht ihn zum Stammkunden beider Firmen, führt aber nicht dazu, daß er erst noch für die Beklagte zu werben ist. 166

c) 167

Der Ermittlung des Ausgleichsanspruch sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur die Provisionsanteile zu Grunde zu legen, die der Handelsvertreter für werbende Maßnahmen erhält. Der für verwaltende Tätigkeit im Auftrag des Unternehmers gezahlte Anteil ist also herauszurechnen. Er ist gemäß dem Vortrag des Klägers auf 10 % der gezahlten Provisionen zu beziffern. 168

169

aa)	
Der Tankstellenhalter braucht nach Auffassung des BGH den Provisionsanteil für seine verwaltende Tätigkeit nur pauschal zu behaupten. Der BGH leitet das daraus her, daß die Mineralölgesellschaften die gezahlten Provisionen nicht danach aufteilen, inwieweit damit werbende und verwaltende Tätigkeit vergütet werden sollten. Wegen dieser unklaren Vertragsgestaltung müßten sie selbst die angemessene Aufteilung der Provision darlegen, wenn sie die Aufteilung durch Tankstellenhalters nicht akzeptieren wollten (BGH NJW RR 88, 1061).	170
Der Senat folgt dieser Rechtsprechung.	171
bb)	172
Die Klausel im Vertrag, daß 50 % der Provisionen auf verwaltende Tätigkeit entfalle, ist nichtig, denn sie benachteiligt dem Kläger unangemessen im Sinne von § 9 AGBG. Sie schmälert seinen Anspruch auf Ausgleichszahlung, wenn die 50 % nicht den Realitäten entsprechen, und verstößt damit gegen § 89 b Abs. 4 HGB.	173
Die Argumentation der Beklagten, eine Benachteiligung im Sinne von § 9 AGBG liege nicht vor, weil sich die Beweislast durch die vereinbarte Aufteilung nicht ändere, ist falsch. Die Klausel führt nämlich dazu, daß der Tankstellenhalter entgegen der oben zitierten Rechtsprechung des BGH die angemessene Aufteilung der vereinbarten Vergütung selber darlegen und beweisen muß.	174
cc)	175
Die Beklagte hat eine detaillierte Aufstellung über die in der Tankstelle anfallenden Arbeiten vorgelegt, um zu belegen, daß sogar mehr als 50 % der für den Tankstellenbetrieb anfallenden Arbeiten verwaltender Art seien.	176
Tatsächlich ergibt aber die Auswertung dieser Aufstellung, daß der Anteil der verwaltenden Tätigkeit die zugestandenen 10 % nicht übersteigt.	177
(1)	178
Der BGH hat ausgeführt, der Tankstellenhalter könne im anonymen Massengeschäft Geschäfte nur vermitteln, wenn er die Ware zugleich ausliefere. Lagerhaltung und Auslieferung des Kraftstoffes seien deshalb werbende Tätigkeit.	179
(2)	180
Ob auch das Inkasso werbende Tätigkeit sei, hat der BGH bewußt offengelassen (NJW 98, 69). Nach Auffassung des Senats wäre es aber ein Bruch, die Inkassotätigkeit anders als Lagerhaltung und Auslieferung zu behandeln. Der Satz, der Tankstellenhalter, der keine Lagerhaltung und keine Auslieferung betreibe, könne auch keinen Kundenstamm schaffen, gilt ebenso für die Inkassotätigkeit. Die Kunden wollen bar bezahlen; gerade eine freundliche Kassiererin kann die Kunden veranlassen wiederzukommen. Lieferung nur gegen Rechnung würde hingegen die Abwicklung des Verkaufs erheblich verzögern; viele Kunden würden dann ausbleiben.	181
Für Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso hat die Beklagte in ihrer Aufstellung Bl. 232 GA 37,235 und 2,505 Stunden angesetzt, insgesamt also 39,74 Stunden. Das ist nach den	182

obenstehenden Ausführung werbende Tätigkeit.

Die sonstige verwaltende Tätigkeit nimmt sie mit 7,205 Stunden an (46,945 Std. ./ 39,74 Std.), das sind weniger als 10 % der gesamten Arbeitszeit von 89,095 Std., die sie der Agentur zurechnet (Bl. 236). 183

d) 184

Ein weiterer Abzug für bei Übernahme der Tankstelle vorhandene Altkunden ist nicht zu machen: 185

Der Kläger hat die Tankstelle in der D-Allee Anfang 1993 übernommen. Das Jahr 1997, auf das für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs abzustellen ist, war also das fünfte Jahr nach Übernahme der Tankstelle. Da der BGH davon ausgeht, daß im fünften Jahr nach Vertragsende alle neu geworbenen Kunden abgewandert sind, so daß kein Provisionsverlust mehr eintreten kann, muß das auch für die Überlegung gelten, ob im fünften Jahr nach Übernahme einer Tankstelle noch übernommene Altkunden vorhanden sein können. 186

e) 187

Also errechnet sich die auf die Umsätze mit Stammkunden entfallende Provision wie folgt: 188

Jahresprovision 1997 117.179,87 DM 189

./ Umsätze mit Kartenkunden 5.814,00 DM 190

111.365,87 DM 191

./ 10 % Verwaltungskostenanteil 11.136,58 DM 192

verbleiben 100.229,29 DM 193

davon 58,4 % Stammkundenprovisionsanteil 58.533,91 DM 194

3. Verlustprognose: 195

Der Ausgleichsanspruch soll den Handelsvertreter für den Provisionsverlust entschädigen, den er bei Fortsetzung des Vertrages aus Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden erzielt hätte. Der Provisionsverlust ist zu prognostizieren. 196

Der BGH nimmt eine Abwanderung der geworbenen Kunden von jährlich 20 % in der Weise an, daß mit folgenden Provisionsverlusten zu rechnen sei: 197

1. Jahr 80 % der letzten Jahresprovision 198

2. Jahr 60 % der letzten Jahresprovision 199

3. Jahr 40 % der letzten Jahresprovision 200

4. Jahr 20 % der letzten Jahresprovision 201

200 % 202

203

Der Einwand des Klägers, der Provisionsverlust betrage bei einer angenommenen Abwanderung von 20 % pro Jahr insgesamt 250 %, weil die Kunden erst nach und nach abwanderten und der Verlust im ersten Jahr daher 90 % des Vorjahresumsatzes betrage, im zweiten Jahr 70 % u.s.w., trägt nicht.

Der BGH (BGH NJW 98, S. 75) hat dazu ausgeführt, den Provisionsverlust auf 200 % zu schätzen, sei eine gebräuchliche schematisierte Berechnungsweise. Die Feststellung, daß der jährliche Umsatz mit Stammkunden wegen der Abwanderung eines Teils derselben jährlich um 20 % geringer ausfallen werde als im Basisjahr, sei nicht zu beanstanden. 204

Der Senat folgt dem BGH auch insoweit. Er hat schon immer so gerechnet. 205

Andererseits besteht auch kein Anlaß, gemäß dem Vortrag der Beklagten mit höheren Abwanderungsverlusten zu rechnen. Zwar ist richtig, daß bei Konkurrenz vieler gleichartiger Produkte und starkem Preiskampf mit einer höheren Kundenfluktuation gerechnet werden kann (so das Bl. 460 GA zitierte Urteil des Senats), beim Benzin fehlt aber das Merkmal des Preiskampfes. Markenbenzin ist in der Regel gleich teuer, bezogen auf eine bestimmte Region. Freie Tankstellen liegen mit ihren Preisen in der Regel ein bis zwei Pfennig darunter. Also hat der Kunde keinen Anlaß, aus **Preisgründen** Tankstelle oder Marke zu wechseln. 206

Es bleibt daher bei einer Verlustprognose von 200 %. Das führt zu folgenden Zahlen: 207

200 % * 58.533,91 DM 117.067,82 DM 208

4. Billigkeitsabzug: 209

Der errechnete Ausgleichsanspruch ist gemäß § 89 Abs. 1 Ziffer 3 HGB um 10 % zu kürzen. 210

a) Sogwirkung der Marke: 211

Der Tatrichter hat zu schätzen, inwieweit der Erfolg des Handelsvertreters auf seiner werbenden Tätigkeit und inwieweit auf der Sogwirkung der Marke beruht (BGH NJW 96, S. 2302). Die Marke als Kaufmotiv schmälert die Leistung des Vertreters und rechtfertigt einen Billigkeitsabzug, wenn davon auszugehen ist, daß etliche Kunden so gut wie kaufentschlossen kommen, die werbende Tätigkeit insoweit also gering ist. 212

Zwar behauptet die Beklagte nicht, daß sich ihr Produkt von anderen Benzinmarken qualitätsmäßig unterscheide, dennoch ist offensichtlich, daß etliche Kunden beim Kläger wegen der von ihm geführten Marke gekauft haben. Alle Mineralölgesellschaften pflegen mit erheblicher Werbung ein bestimmtes Image. Umfragen bestätigen, daß ein bestimmter Prozentsatz von Autofahrern markentreu tankt, obwohl die gleichmäßige Qualität aller Marken ein Allgemeinplatz ist. 213

Ob die Kunden der Beklagten zu einem höheren Prozentsatz als die Kunden von Konkurrenzunternehmen die Marke als Grund für die Wahl ihrer Stammtankstelle nennen, spielt keine entscheidende Rolle. Sie trägt nicht vor, daß sich das in einer merkbaren Vergrößerung ihres Marktanteils niederschläge. Also hat es die Arbeit des Klägers gegenüber Tankstellenhaltern anderer Marken auch nicht wesentlich erleichtern können. 214

Da, wie gerichtsbekannt, die Tankstellenhalter ihren Gewinn heute überwiegend im Shopgeschäft machen, nicht mehr im Benzinverkauf, kann der Abschlag für die Sogwirkung der Marke nur gering ausfallen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Beklagte das größte Tankstellennetz hat (siehe Bl. 364) und damit den höchsten Bekanntheitsgrad, hält der 215

Senat einen Abschlag von 10 % für angemessen.

b)	216
Ein weiterer Billigkeitsabzug wegen des Werbeaufwands und der Standortinvestitionen kommt nicht in Betracht. Aufwendungen des Unternehmers für Werbung und Umsatzförderung können einen Billigkeitsabzug nur rechtfertigen, wenn sie außergewöhnlich hoch sind, also die billigerweise zu fordernde Unterstützung übersteigen (OLG Celle, NJW 68, S. 1141, 1142). Solche überdurchschnittlichen Aufwendungen legt die Beklagte nicht nachvollziehbar dar.	217
c)	218
Kürzt man den oben errechneten Ausgleichsanspruch wegen der Sogwirkung der Marke um 10 %, so ergibt sich:	219
errechneter Ausgleichsbetrag 117.067,82 DM	220
./. 10 % <u>11.706,78 DM</u>	221
105.361,04 DM	222
5.	223
Der Betrag ist abzuzinsen. Angesichts des niedrigen Zinsniveaus hält der Senat den Zinssatz von 8 %, den die Parteien der Abzinsung zu Grunde gelegt haben, für übersetzt. Stattdessen ist mit 5 % nach der von den Parteien verwendeten Formel zu rechnen:	224
$(105.361,04 \text{ DM} : 48) * 43,4230 = 95.314,42 \text{ DM}$	225
Dieser Betrag liegt unter der Kappungsgrenze, die die Parteien mit 132.337,80 DM beziffert haben.	226
6.	227
Es ergibt sich folgende endgültige Abrechnung des Ausgleichsanspruchs:	228
Nettobetrag des Ausgleichsanspruchs 95.314,42 DM	229
zzgl. 16 % MwSt <u>15.250,31 DM</u>	230
110.564,73 DM	231
./. gezahlter <u>80.500,00 DM</u>	232
Restanspruch 30.064,73 DM	233
7. Zinsen:	234
Auf den Restbetrag kann der Kläger gem. §§ 353, 353 HGB Fälligkeitszinsen seit Entstehung des Anspruchs verlangen.	235
Darüber hinausgehende Verzugszinsen waren nicht zuzusprechen. Die Beklagte hat bestritten, daß der Kläger durch Anlage des ausstehenden Betrages 8 % Zinsen hätte	236

erwirtschaften können. Nachgewiesen hat der Kläger eine solche Anlagemöglichkeit nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO.

237