
Datum: 29.05.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 164/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0529.18U164.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 111/04

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 5. September 2007 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bochum – Kammer für Handelssachen – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 19.066,97 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2004 zu zahlen.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen, hinsichtlich der geltend gemachten Nebenforderung in Höhe von 1.767,50 € mit der Maßgabe, dass die Klage bereits unzulässig ist.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 15% und die Beklagte zu 85 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert die Klägerin in Höhe von bis zu 2.000,00 € und die Beklagte in Höhe von bis zu 11.000,00 €; die Revision wird zugelassen.

A. Sachverhaltsdarstellung

Der Senat nimmt Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Der Sachverhalt stellt sich nunmehr wie folgt dar:	3
Bis zum 30.06.2003 war die Klägerin Pächterin einer Autobahnraststätte auf der Autobahn A 3 in der Nähe von F, die sie von der Fa. S GmbH & Co. KG C1 (im Folgenden: Fa. S) gepachtet hatte. Die Fa. S vergibt an einzelne Mineralölgesellschaften die Möglichkeit, Kraftstoffe über die jeweiligen Raststättenpächter zu vertreiben.	4
Für die von der Klägerin gepachtete Autobahnraststätte war die Rechtsvorgängerin der Beklagten berechtigt, Kraftstoffe zu vertreiben. Die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten schlossen am 03./14.05.1992 einen Vertriebsvertrag (Anl. K 1, Bl. 24ff d.A.). Nach dem Vertrag betrieb die Klägerin als Handelsvertreterin den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen (Agenturgeschäft).	5
Die Fa. S kündigte gegenüber der Klägerin das Pachtverhältnis zum 30.06.2003. Die Klägerin schloss mit der Fa. S daraufhin eine Aufhebungsvereinbarung zum selben Zeitpunkt (Anl. K 3, Bl. 31ff d.A.). Die Beklagte ihrerseits schloss mit der neuen Pächterin einen neuen Vertriebsvertrag ab.	6
Mit Schreiben vom 03.06.2004 begehrte die Klägerin von der Beklagten einen Handelsvertreterausgleich. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 07.06.2004 ab.	7
Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Parteien unstreitig gestellt, dass die Klägerin in den letzten 12 Vertragsmonaten eine Provision in Höhe von 134.000,00 € von der Beklagten bezog.	8
Mit ihrer Klage hat die Klägerin einen Handelsvertreterausgleichsanspruch in Höhe von 38.726,10 € sowie Kosten in Höhe von 1.767,50 € für das zur Berechnung der Ausgleichsforderung vorprozessual eingeholte Privatgutachten des Gutachters K der Fa. J geltend gemacht.	9
Zur Begründung ihres Ausgleichsanspruches hat sie im Wesentlichen vorgetragen, dass sie auch als Betreiberin einer Autobahntankstelle, insbesondere aufgrund ihres Speisenangebotes, Stammkunden geworben habe. Nach der Auswertung der für die Kartenzahler vorliegenden Kundendaten sei insgesamt von einem Stammkundenanteil von 16 % auszugehen, wobei die Auswertung kunden- und nicht kartenbezogen zu erfolgen habe.	10
Die Klägerin hat beantragt,	11
die Beklagte zu verurteilen, an sie 38.726,10 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 % über dem jeweils geltenden Basiszinssatz seit dem 07.06.2004 sowie 1.767,50 € vorgerichtliche Mahnauslagen zu bezahlen.	12
Die Beklagten haben beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Sie haben im Wesentlichen vorgetragen, dass die Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch der Tankstellenhalter bei Autobahntankstellen schon im Ansatz nicht anwendbar sei. Außerdem habe die Beklagte auf die Kündigung des Pachtverhältnisses seitens der Fa. S keinen Einfluss genommen. Jedenfalls bestehe der Anspruch nicht in der geltend gemachten	15

Höhe. Der Stammkundenanteil betrage lediglich 3,95 %. Eine Auswertung habe karten- und nicht kundenbezogen zu erfolgen.

Das Landgericht hat durch ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing.-Oec. C vom 23.04.2007 (Bl. 237ff d.A.) Beweis erhoben. Mit seinem Urteil vom 5. September 2007 hat es der Klage in Höhe von 8.975,37 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2004 stattgegeben (Bl. 299ff d.A.). Auf die Begründung des Urteils nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug. 16

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung. 17

Beide Parteien nehmen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug, das sie im Hinblick auf die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge ergänzen und vertiefen. 18

Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung insbesondere vor: 19

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH VIII ZR 194/06) sei Stammkunde, wer viermal im Jahr bei einer Tankstelle tanke. Bereits hieraus errechne sich der von ihr mit der Berufung beanspruchte weitere Zahlbetrag. Auszugehen sei dann von einem Stammkundenanteil von 8,37 %. Mit diesem ergebe sich nach der vom Landgericht vorgenommenen Berechnung schon ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 19.066,97 €. 20

Das Landgericht habe auch den Begriff des Kunden verkannt. Abzustellen sei auf den Kunden und nicht auf die einzelne Karte. Das wirke sich auf die Behandlung der Firmen- und Flottenkarten aus, bei denen die Tankvorgänge unabhängig von der konkret eingesetzten Karte kundenbezogen zu addieren seien. Auf diesen Vortrag stütze sie ihr Klagebegehren hilfsweise für den Fall, dass der Senat ihrer Auffassung zum Stammkunden nicht folge. 21

Weiter hilfsweise berufe sie sich darauf, dass auch der seit ihrem Ausscheiden zu verzeichnende Preisanstieg von nahezu 30 % bei den Benzinpreisen eine Erhöhung des Ausgleichsanspruches rechtfertige, weil die Beklagte dadurch einen wesentlich höheren Umsatz habe. 22

Als vorgerichtliche Mahnauslagen fordere sie die Kosten des Privatgutachtens K in Höhe von 1.767,50 €. Auf das Gutachten sei sie zur Bezifferung ihrer Klageforderung angewiesen gewesen. 23

Die Klägerin beantragt, 24

die Beklagte abändernd zu verurteilen, an sie 19.066,97 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2004 sowie 1.767,50 € vorgerichtliche Mahnauslagen zu zahlen. 25

Die Beklagte beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen wie folgt: 28

Ihren Einwand, sie schulde überhaupt keinen Handelsvertreterausgleich, weil die Beendigung des Vertriebsvertrages nicht durch sie, sondern durch die Kündigung seitens der Fa. S ausgelöst wurde, erhalte sie aufrecht. 29

Im Übrigen biete der Sachverhalt Gelegenheit zur Klärung von Fragen, über die der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden habe:	30
Das Landgericht habe zutreffend eine kartenbezogene und keine kunden(namen)bezogene Auswertung vorgenommen. Wolle man Flotten- und Leasingkarten kundenbezogen auswerten, müsse man das Stammtankerquorum mit der Anzahl der ausgegebenen Karten multiplizieren, weil ein derartiger Kunde so viele Pkw betriebe wie er Karten beziehe.	31
Auch nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes in dem Verfahren BGH VIII ZR 194/06 reichten nicht vier Tankvorgänge im Jahr aus, um die Stammkundeneigenschaft zu begründen. Es müsse als "Quartalsmerkmal" hinzukommen, das durchschnittlich einmal im Quartal getankt werde. Andernfalls fehle die Nachhaltigkeit des Tankverhaltens.	32
Die Ermittlung des Stammkundenansatzanteils der Barkunden erfordere eine differenzierte Betrachtung der Kartenumsätze. Barkunden seien allenfalls mit EC-Kartenkunden gleichzustellen, weil nur EC-Karten eine vergleichbare Zahlungsfunktion wie Bargeld hätten.	33
Zur Verdeutlichung der Ergebnisse der unterschiedlichen Berechnungsmaßstäbe lege sie mit den Anl. BE 2 und BE 3 Berechnungsübersichten vor. Ihre Ergebnisse zeigten die erheblichen Unterschiede insbesondere des Berechnungszeitraums für die Höhe des Ausgleichsanspruches. Halte man an dem Jahreszeitraum ohne weitere Differenzierung z.B. nach Quartalen fest, seien die bisher übliche Verlustprognose von 200 % und der Abwanderungszeitraum nicht aufrechtzuerhalten, weil es dann an einer nachhaltigen Kundenbindung fehle.	34
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	35
B. Begründung	36
Die Berufung der Klägerin hat in der Hauptsache Erfolg. Sie kann von der Beklagten gem. § 89b HGB einen Handelsvertreterausgleich in Höhe von 19.066,97 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2004 beanspruchen. Lediglich die als Nebenforderung geltend gemachten Gutachterkosten in Höhe von 1.767,50 € stehen der Klägerin nicht zu, weil ihre Klage insoweit unzulässig ist.	37
I. Die sog. formellen Anspruchsvoraussetzungen des Anspruches gemäß § 89 b HGB sind erfüllt.	38
Der als Vertriebsvertrag abgeschlossene Handelsvertretervertrag der Parteien ist beendet. Für den Fall der Beendigung des Pachtvertrages zwischen der Klägerin und der Fa. S haben die Parteien unter Punkt c) ihres Vertriebsvertrages dessen Beendigung vereinbart. Das Ende des Pachtvertrages wurde damit zu einer für den Handelsvertretervertrag auflösenden Bedingung. Diese Bedingung ist mit dem Ende des Pachtvertrages am 30.06.2003 eingetreten.	39
Die Klägerin hat der Beklagten gegenüber den Ausgleichsanspruch fristgerecht, mit ihrem Schreiben vom 03.06.2004, geltend gemacht, § 89b Abs. 4 S. 2 HGB.	40
II. Der Anspruch ist nicht gemäß § 89b Abs. 3 HGB ausgeschlossen. Die Voraussetzungen eines Ausschlussgrundes im Sinne dieser Vorschrift sind nicht erfüllt. Insbesondere liegt kein Fall einer vom Handelsvertreter ausgesprochenen Kündigung (§ 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB) vor.	41

Die Kündigung des Pachtvertrages ging von der Fa. S und nicht von der Klägerin aus, auch wenn sich die Klägerin und die Fa. S dann später in einer Aufhebungsvereinbarung über die Modalitäten der Vertragsbeendigung geeinigt haben.

Bei einer mit der Kündigung des Pachtvertrages durch die Fa. S ausgelösten Beendigung des Vertriebsvertrages der Parteien kommt eine (entsprechende) Anwendung des § 89b HGB zugunsten der Beklagten nicht in Betracht. Der Ausnahmecharakter des § 89b Abs. 3 HGB gebietet es, die Vorschrift eng auszulegen (BGH VII ZR 48/67, NJW 1969, 1023; Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 8. Aufl. 2008, XI, Rz. 10). Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift zugunsten der Beklagten ist nicht interessensgerecht, wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat. Der Beklagten sind die Vorteile aus der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin verblieben, nachdem sie auch mit dem der Klägerin nachfolgenden Tankstellenpächter einen Vertriebsvertrag abschließen konnte.

III. Es ist auch nicht gerechtfertigt, § 89b HGB in dem Sinne einschränkend auszulegen, dass den Pächtern von Autobahntankstellen ein Handelsvertreterausgleich grundsätzlich nicht zustehen kann.

Der Betreiber einer Autobahntankstelle wickelt dieselben Vertriebsgeschäfte ab wie der Betreiber einer "normalen" Straßentankstelle. Mit den gesetzlich normierten und von der Rechtsprechung näher definierten materiellen Voraussetzungen des Ausgleichsanspruches, insbesondere dem "Stammkundenkriterium" und der "Billigkeit", kann den Besonderheiten einer Autobahntankstelle hinreichend Rechnung getragen werden.

IV. Der Klägerin steht der Ausgleichanspruch in Höhe von insgesamt 19.066,97 € zu.

Der Senat folgt der bereits sehr sorgfältig begründeten Entscheidung des Landgerichts, die lediglich in einem Punkt, in Bezug auf das Stammkundenkriterium, zu korrigieren ist. Insoweit trägt der Senat der nach der Entscheidung des Landgerichts bekannt gewordenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes, Urteil vom 12.09.2007, VIII ZR 194/06 (BB 2007, 2475ff) Rechnung.

In der Übersicht ergibt sich damit folgende Berechnung des Ausgleichsanspruches:

	Betrag:	49
Letzte Jahresprovision (unstreitig)	134.000,00 €	
10 % Abzug verwaltende Tätigkeit	120.600,00 €	
Stammkundenumsatzanteil (8,37 %)	10.094,22 €	
Abwanderungsquote (200%)	20.188,44 €	
Billigkeitsabzug (10 % wg. der Sogwirkung der Marke B)	18.169,59 €	
Abzinsung nach Gillardon	16.437,04 €	
Zzgl. 16 % USt.	19.066,97	

Zu der Berechnung im Einzelnen:

51

1. Der Berechnung des Ausgleichsanspruches ist die letzte Jahresprovision im Handelsvertretergeschäft zugrunde zu legen, die die Parteien mit 134.000,00 € unstreitig gestellt haben.	
2. Von den im letzten Vertragsjahr erzielten Provisionen hat der Senat mit dem Landgericht 10% für verwaltende Tätigkeiten abgezogen und dementsprechend 90 % für werbende Tätigkeiten berücksichtigt. Diese sachgerechte Aufteilung der Provisionszahlungen ist zwischen den Parteien nicht im Streit.	52
3. Von der für werbende Tätigkeiten gezahlten Jahresprovision ist nur der Teil zu berücksichtigen, den der Tankstellenhalter für Umsätze mit von ihm geworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsbeziehung im Sinne von § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB besteht, BGH VIII ZR 194/06, unter II.1. der Gründe, m. w. Nachw.	53
a) Zur der gem. § 287 ZPO gebotenen Schätzung des auf Stammkunden entfallenden Anteils am Umsatz hat das Landgericht die Aufzeichnungen zu den elektronisch erfassten Kartenumsätzen herangezogen und nach sachverständiger Überprüfung seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Das entspricht den Vorgaben der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, vgl. BGH VIII ZR 194/06, unter II.1.a) der Gründe. Der Senat schließt sich dieser Verfahrensweise an.	54
b) Stammkunden sind alle Mehrfachkunden, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden, BGH, VIII ZR 194/06, unter II.1.b) der Gründe, m. w. Nachw. Mehrfachkunden in diesem Sinne kann auch der Betreiber einer Autobahntankstelle werben.	55
c) Das Landgericht ist – ohne die Entscheidung des Bundesgerichtshofes VIII ZR 194/06 kennen zu können – von 8 Tankvorgängen pro Jahr ausgegangen, die einen Kunden zum Stammkunden machen sollen.	56
Dieser Wert ist auf der Grundlage der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu korrigieren.	57
Der Bundesgerichtshof hat in den Gründen der vorgenannten Entscheidung VIII ZR 194/06 unter II.1.b) ausgesprochen, dass derjenige als Stammkunde eines Tankstellenhalters angesehen werden kann, der mindestens vier Mal im Jahr bei derselben Tankstelle tankt.	58
Im Sinne eines zusätzlichen Quartalskriteriums, das die Beklagte der Formulierung des Urteils "also durchschnittlich wenigstens ein Mal pro Quartal" entnehmen will, ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nach Auffassung des Senats nicht zu verstehen.	59
Das ergibt sich aus dem weiteren Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Revisionsgerichts. So ist die von den Beklagten hervorgehobene Formulierung beispielhaft zu verstehen und zeigt mit dem Wort "durchschnittlich", dass keine weitere Verteilung auf das Jahr notwendig ist. Käme man zu einer solchen, ergäbe sich auch eine wesentlich andere Berechnung für den Stammkundenfaktor, worauf die Beklagte mit ihren in der Berufungserwiderung vorgelegten Berechnungen BE 2 und BE 3 zu Recht hinweist.	60
Dass der Bundesgerichtshof demgegenüber von einem Jahreszeitraum ausgeht, wird in der Entscheidung VIII ZR 194/06 mehrfach deutlich. So weist der Bundesgerichtshof unter II.1.b)	61

der Gründe auch darauf hin, dass er bislang die Rechtsprechung gebilligt habe, nach der ein Kunde, der mindestens zwölfmal *pro Jahr* an derselben Tankstelle tanke, ein Stammkunde sei, und hierbei nicht entschieden habe, dass ein Kunde mit weniger Tankvorgängen kein Stammkunde sein könne. In demselben Begründungsabschnitt heißt es dann weiter, das nicht zu beanstanden sei, wenn bei der Prüfung, ob eine Geschäftsverbindung bestehe, als überschaubarer Zeitraum die Zeitspanne *von einem Jahr* zugrunde gelegt werde.

Der Senat folgt auch in der Sache der Einschätzung des Bundesgerichtshofes, dass bereits bei vier Tankvorgängen innerhalb eines Jahres ein Kunde als Stammkunde anzusehen ist. Das gebietet bereits die im Interesse der Parteien liegende einheitliche Auslegung des Stammkundenbegriffs durch die Rechtsprechung. 62

d) Der Beklagten ist allerdings zuzugeben, dass die Frage, anhand welcher Kriterien auf der Grundlage des § 287 ZPO zu beurteilen ist, ob ein Kunde bei einer Tankstelle mehrfach getankt hat, höchstrichterlich noch nicht in allen Details geklärt ist. 63

(1) Mit den Parteien geht der Senat zunächst davon aus, dass der Stammkundenanteil für alle Kunden, also auch der barzahlenden Kunden, anhand der elektronisch erfassten Kartenumsätze geschätzt werden kann. 64

Der Bundesgerichtshof hat in den Gründen unter II.1.a) aa) (2) der Entscheidung VIII ZR 194/06 ausgeführt, dass anhand der elektronisch erfassten Kartenumsätze zu ermitteln sei, ob mit den Karten mehrfach in einem bestimmten Zeitraum getankt worden sei, und dass so der Umsatzanteil der Mehrfachkunden an dem Umsatz der gesamten Kartenkundschaft zu klären sei. Dieser Umsatzanteil könne dann auf die Barzahler hochgerechnet werden, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass das Stammkundenverhältnis bei den Barzahlern wesentlich anders sei als bei den Kartenzahlern. 65

Der Senat schließt sich dem an und schätzt vorliegend anhand der Kartenzahler den Stammkundenanteil für alle Kunden, da es keine, in den Verhältnissen der konkreten Tankstelle begründeten Anhaltspunkte dafür gibt, dass die aus den Kartenumsätzen gewonnenen Erkenntnisse über Mehrfachkunden eine ungeeignete Schätzungsgrundlage sind. 66

(2) Über die konkrete weitere Berechnung, die höchstrichterlich im Detail noch nicht geklärt ist, streiten die Parteien. 67

Streitpunkt ist zum einen, ob die für einen Stammkunden notwendigen vier Tankvorgänge lediglich "kartenbezogen" zu ermitteln sind oder ob einzelne Tankvorgänge mit verschiedenen Karten eines (juristischen) Kunden gemeinsam zu betrachten sind. 68

Zum andern ist streitig, ob die Schätzung des Stammkundenanteils unter den Barzahlern eine differenzierte Betrachtung der bei der Tankstelle eingesetzten Karten in dem Sinne erfordert, dass lediglich der Einsatz bestimmter Kartenarten (die nach Auffassung der Beklagten eine reine Zahlfunktion haben, wie z.B. die sog. EC-Karten) als Schätzungsgrundlage in Betracht kommen. 69

Der Bundesgerichtshof hat sich bei seiner Entscheidung in der Sache VIII ZR 194/06 zu den einzelnen Karten und ihrer Auswertung nicht abschließend geäußert. Eine Ausnahme gilt lediglich für die sog. Stationskarten, deren Umsatz nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in vollem Umfang als Stammkundenumsatz zu berücksichtigen ist, vgl. unter II.1.d) der Gründe. 70

(3) Der Senat hält es im vorliegenden Fall für sachgerecht, eine kartenbezogene Auswertung (c) vorzunehmen und der Schätzung des Stammkundenanteils der Barzahler alle Kartenumsätze (ohne Beschränkung auf einzelne Kartenarten) zugrunde zu legen (b), weil in der konkreten Tankstelle begründete Umstände keine Differenzierung bei den genannten Fragestellungen gebieten.	71
(a) Auf eine besondere Behandlung von Stationskartenkunden kommt es im vorliegenden Fall nicht an, weil es bei der Tankstelle der Klägerin keine Stationskarten gab.	72
(b) Eine weitere Differenzierung zwischen den übrigen bei der Tankstelle der Klägerin eingesetzten Karten (EC-Karten, T + E-Karten, Tankkarten, WestfalenCard, Routex und Aral/BP-Card) hält der Senat bei der Schätzung des Stammkundenanteils unter den Barzahlern grundsätzlich für nicht geboten.	73
Damit unterbleibt im Regelfall eine Differenzierung zwischen den Karten, mit denen aufgrund einer vom Mineralölunternehmen eingeräumten Vergünstigung preiswerter an den Markentankstellen des Unternehmens getankt werden kann (begünstigte Karten), und den Karten, mit deren Einsatz keine kraftstoffmarkenbezogenen Vergünstigungen verbunden sind. Auch unterbleibt eine Differenzierung zwischen den möglicherweise unterschiedlichen Kundeninteressen, die zum Einsatz beispielsweise einer Kreditkarte oder einer EC-Karte führen.	74
Der Senat hält es für vertretbar, im Regelfall - sofern nicht die Besonderheiten der konkreten Tankstelle eine Unterscheidung gebieten - auf derartigen Differenzierungen zu verzichten. Dafür spricht, dass jeder Kunde, der bei einer Tankstelle tankt, die Kaufpreisforderung des Tankstellenbetreibers auch mit Bargeld statt mit dem "Einsatz" einer Karte bezahlen könnte, also ein jeder sog. Kartenkunde auch ein "potentieller" barzahlender Kunde ist.	75
(c) Bei einer sog. kartenbezogenen Betrachtung wird bei sog. Flotten- und Firmenkundenkarten nicht auf den juristischen (Groß-)Kunden, der mehrere Karten hat, sondern auf die Karte abgestellt und die Stammkundeneigenschaft nach dem Einsatz der konkreten Karte beurteilt.	76
Für diese Betrachtung spricht vom Ansatz, dass der vom Tankstellenbetreiber vermittelte provisionspflichtige Kaufvertrag (Umsatz) erst mit dem Einsatz der Karte bei der Tankstelle und nicht schon aufgrund früherer Rahmenvereinbarungen des Unternehmens mit einzelnen (Groß-)Kunden zustande kommt.	77
(d) Dem Senat ist bewusst, dass die von ihm befürwortete Handhabung zu einer in gewissem Umfang pauschalierten Betrachtung der Kundenbeziehungen führt.	78
Der Senat hält es nicht für sachgerecht, die Höhe des Ausgleichsanspruches eines Tankstellenhalters im Regelfall und nicht nur in Fällen, in denen Besonderheiten der konkreten Tankstelle eine besondere Betrachtung erfordern, mit sehr kleinteiligen Berechnungen zu ermitteln. Es geht nach wie vor um das Schaffen einer Schätzungsgrundlage im Sinne von § 287 ZPO, auch wenn man nunmehr die Auswertung der elektronischen Kartenumsätze als Berechnungsgrundlage z. B. den Repräsentativbefragungen vorzieht.	79
e) Für den vorliegenden Fall bedeutet das:	80
	81

Der aus dem Einsatz aller Karten mit einer sog. kartenbezogenen Betrachtung zu ermittelnde Stammkundenanteil ist auf die Barzahler "hochzurechnen", weil es besondere, in der konkreten Tankstelle der Klägerin begründete Faktoren für eine weitere Differenzierung nicht gibt. Sie sind auch von den Parteien nicht vorgetragen worden.	
Von dieser Sichtweise sind bereits der Sachverständige C bei der Begutachtung der Tankvorgänge und das Landgericht bei seiner Entscheidung ausgegangen.	82
Der Senat legt daher seiner Entscheidung die erstinstanzlichen Feststellungen zugrunde, allerdings mit der Maßgabe, dass bereits ein viermaliges und nicht erst ein achtmaliges Tanken mit einer Karte innerhalb eines Jahres die Stammkundeneigenschaft begründet.	83
Daraus ergibt sich ein Stammkundenanteil von 8,37 %.	84
Diesen Wert entnimmt der Senat dem Vortrag der Klägerin. Er wird nach den von der Beklagten auf derselben Grundlage angestellten Berechnungen nicht unterschritten. Deswegen bedurfte es keiner weiteren Aufklärung insoweit.	85
4. Mangels ausreichender Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen legt der Senat der Verlustprognose nach § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB eine Abwanderungsquote von jährlich 20% zu Grunde und errechnet hieraus in einem insgesamt fünfjährigen Abwanderungszeitraum einen Gesamtprovisionsverlust von $20\% + 40\% + 60\% + 80\% = 200\%$.	86
Zu einer Änderung dieser in der Rechtsprechung üblichen Schätzung sieht der Senat auch nach der "Reduzierung" der für einen Stammkunden erforderlichen Anzahl von Tankvorgängen durch den Bundesgerichtshof in der Entscheidung VIII ZR 194/06 keine Veranlassung. Diese Abwanderungsquote ist in dem entschiedenen Fall vom Bundesgerichtshof ebenfalls gebilligt worden, vgl. unter II.5. der Gründe.	87
5. Der vom Landgericht vorgenommene Billigkeitsabzug (§ 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB) von 10 % wegen der Sogwirkung der Marke B ist nicht zu beanstanden und wird von den Parteien auch akzeptiert.	88
Weitere Abzüge oder Zuschläge unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit hält der Senat nicht für gerechtfertigt.	89
Aus der allgemeinen Benzinpreisentwicklung lässt sich – entgegen der Auffassung der Klägerin – kein Billigkeitszuschlag ableiten. Der Senat kann dem Vortrag der Klägerin nicht entnehmen, dass die Benzinpreisentwicklung mit besonderen Unternehmensvorteilen verbunden war, an denen der Tankstellenbetreiber im Rahmen der Billigkeit des Ausgleichs gem. § 89b HGB zu beteiligen wäre. Unter b) des Vertriebsvertrages haben die Parteien für die Provisionsberechnung auf den Literabsatz und nicht auf den Verkaufserlös abgestellt. Höhere Benzinpreise können zwar zu einem höheren Umsatz des Unternehmers beim Verkauf führen. Sie sind aber regelmäßig nicht gleichbedeutend mit steigenden Unternehmensgewinnen, weil sie z. B. auch auf einem gestiegenen Weltmarktpreis für Rohöl beruhen können. Die allgemeine Benzinpreisentwicklung ist damit im vorliegenden Fall kein für einen Billigkeitszuschlag geeignetes Kriterium.	90
Die Lage der Tankstelle an einer Bundesautobahn und die hierdurch nach dem Vortrag der Beklagten bedingten Besonderheiten bei der Wettbewerbssituation führen nicht zu einem weiteren Billigkeitsabzug. Dass Autobahntankstellen aufgrund ihrer Lage regelmäßig einen	91

geringeren Stammkundenanteil als eine normale Straßentankstelle ausweisen, wird bereits durch die von der Rechtsprechung definierten Merkmale des Stammkundenbegriffs hinreichend erfasst.

Die Abhängigkeit des Vertriebsvertrages vom Bestehen des Pachtvertrages rechtfertigt ebenfalls keinen Billigkeitsabzug. Der Beklagten sind die Unternehmervorteile erhalten geblieben, weil sie mit dem Nachfolgepächter einen neuen Vertriebsvertrag abschließen konnte. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn der Nachfolgepächter einen Vertriebsvertrag mit einer anderen Mineralölgesellschaft abschließen hätte, hat der Senat im vorliegenden Fall nicht zu beurteilen. Allein die rechtliche Möglichkeit, dass die Beklagte aufgrund eines von ihr nicht zu beeinflussenden Endes des Pachtvertrages möglicherweise keinen neuen Vertriebsvertrag mit einem Nachfolgepächter hätte abschließen können, ist kein für einen Billigkeitsauszug ausreichendes Kriterium, weil sich die Beklagte auf diese, für sie unter Umständen mit wirtschaftlichen Nachteilen verbundene Vertragskonstellation beim Abschluss des Vertriebsvertrages eingelassen hat. 92

6. Die vom Landgericht nach den Barwertfaktoren von Gillardon vorgenommene Abzinsung ist sachgerecht. Der Senat schließt sich ihr an. Zuzüglich 16 % Umsatzsteuer ergibt sich ein der Klägerin zustehender Ausgleichsbetrag in Höhe von 19.066,97 €. 93

V. Die Beklagte hat den der Klägerin zustehenden Ausgleichsanspruch in Höhe von 19.066,97 € gem. §§ 286, 288 Abs. 2 BGB ab dem 07.06.2004 mit 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. 94

VI. Die geltend gemachten Kosten für das Privatgutachten des Sachverständigen K in Höhe von 1.767,50 € kann die Klägerin nicht verlangen, weil ihrer Klage insoweit bereits das Rechtsschutzinteresse fehlt und sie deswegen in diesem Punkt unzulässig ist. 95

Die Klägerin muss diese Kosten bei der Kostenfestsetzung anmelden. Das ist hier der einfachere und billigere Weg, worauf die Beklagte bereits zu Recht hingewiesen hat. 96

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (III ZR 268/85, WM 1987, 247ff; ihm folgend Zöller/Herget, ZPO-Kom. 26. Aufl. 2007, vor § 91 Rz. 12) können Aufwendungen, die zur Vorbereitung eines Rechtsstreits gemacht wurden, aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit in das Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff ZPO einbezogen werden, auch wenn sie zugleich Gegenstand eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruches sind. Wird letzterer selbständig geltend gemacht, ist das Rechtsschutzbedürfnis hierfür selbständig zu prüfen. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall lag das Rechtsschutzbedürfnis vor, weil die Aufwendungen gerade dazu bestimmt waren, den Prozess zu vermeiden. 97

Der vorliegende Fall liegt anders. Die Klägerin hat die Gutachterkosten gerade zur Vorbereitung des Rechtsstreits und nicht etwa zu dessen Vermeidung aufgewandt, wie bereits ihr Vortrag auf S. 7/8 ihrer Klageschrift vom 29.06.2004 zeigt. Sie ist mit diesen Kosten deswegen auf die Kostenerstattung zu verweisen. 98

VII. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Ein Fall des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegt in der Berufungsinstanz nicht vor, weil die von der Klägerin zu viel geforderten Nebenkosten im Vergleich zu der noch im Streit befindlichen Hauptforderung nicht mehr verhältnismäßig geringfügig waren. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. 99

VIII. Der Senat hat die Revision gem. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine weitere Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

Die oben angesprochenen, nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in der Sache VIII ZR 194/06 noch nicht abschließend geklärten Fragen des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters, hier insbesondere zur Beurteilung des Stammkundenanteils, bedürfen auch nach Auffassung des Senats einer weiteren (klarstellenden) revisionsgerichtlichen Beurteilung.

101