
Datum: 25.08.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 63/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0825.18U63.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 104/03

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird – unter Zurückweisung seiner weitergehen-den Berufung und der Berufung der Beklagten – das am 08. Februar 2006 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise ab-geändert und wie folgt neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über den durch Anerkenntnis-Teilurteil vom 16.10.2003 ausgeurteilten Betrag in Höhe von 42.483,56 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 hinaus weitere 53.147,51 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 sowie 5 % Zinsen aus 95.631,07 € für die Zeit vom 01.07.2002 bis zum 28.08.2003 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu $\frac{1}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{3}{4}$. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu $\frac{4}{10}$ und der Beklagten zu $\frac{6}{10}$ auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die jeweilige Vollstre-ckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des je-weils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Das Urteil beschwert den Kläger in Höhe von 25.011,20 € und die Beklagte in Höhe von 15.940,34 €; die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

Gründe:

A.

Der Kläger macht einen Handelsvertreterausgleichsanspruch nach Kündigung eines Tankstellenpachtvertrages geltend, wobei – unter Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil – folgender Sachverhalt zugrunde liegt:

Der Kläger war in der Zeit vom 03.12.1999 bis zum 30.06.2002 Pächter einer Tankstelle der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der B AG & Co. KG. Er betrieb auf der Grundlage des Tankstellenvertrages vom 05./07.10.1999 (Anl. K 1, GK I 16 ff.) als Handelsvertreter den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen.

Die im Jahr 1999 neu erbaute Tankstelle liegt an der B #### in I zwischen einem Wohn- und Gewerbegebiet. Nach Eröffnung der Tankstelle wurde eine 350 m entfernte ältere B-Tankstelle geschlossen.

Mit Schreiben vom 21.12.2001 kündigte die Beklagte den Tankstellenvertrag zum 30.06.2002. Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 05.08.2002 zunächst einen Handelsvertreterausgleichsanspruch in Höhe von 55.730,00 € geltend gemacht hatte, hat er mit der Klage einen Ausgleichsbetrag von 125.642,28 € verlangt.

In der ersten Instanz ist unstreitig gestellt worden, dass der Kläger in den letzten zwölf Vertragsmonaten eine Provision in Höhe von 103.000,00 € von der Beklagten bezogen hatte und dass sich Gegenansprüche der Beklagten, mit denen diese die Aufrechnung erklärt hat, auf insgesamt 5.000,00 € belaufen. Des Weiteren sind sich die Parteien darüber einig geworden, dass für Altkunden, die der Kläger von der geschlossenen B-Tankstelle übernommen hatte, ein Abzug von 15 % in Ansatz zu bringen ist. Demgegenüber ist insbesondere die Höhe des Anteils des auf Stammkunden zurückzuführenden Umsatzes streitig geblieben.

Dazu hat der Kläger in der Klageschrift zunächst vorgetragen, es sei ihm nicht möglich, die konkrete Höhe des Stammkundenanteils zu ermitteln. Aufgrund von Markterhebungen und der besonderen Lage der Tankstelle sei dieser Anteil auf 87 % zu schätzen, wobei zur Vereinfachung ein Anteil von 70 % geltend gemacht werde. Während des weiteren erstinstanzlichen Verfahrens hat der Kläger den Vortrag zum Stammkundenanteil mehrfach vertieft, wobei er - auf der Grundlage eines mindestens viermaligen Tankens des jeweiligen Kunden pro Jahr an der Tankstelle und unter Berücksichtigung eines Aufschlages für Kartenverwendungsdifferenzen - zu unterschiedlichen Stammtankeranteilen gekommen ist, und zwar zu 82,23 % mit Schriftsatz vom 02.12.2003 (GA I 232) sowie zu 73 % mit Schriftsatz vom 25.06.2004 (GA II 359).

Nachdem das Landgericht einen Sachverständigen mit einer Überprüfung einer von der Beklagten vorgelegten Auswertung hinsichtlich des Mehrfachkundenumsatzes beauftragt hatte (GA III 593 f.), hat der Kläger mit Schriftsatz vom 13.12.2005 vorgetragen, der

Beweisantritt auf Einholung eines Gutachtens werde nicht aufrechterhalten (GA IV 705), da nunmehr eine für alle Beteiligten transparente Ermittlung des Stammkundenanteils ohne Mitwirkung eines Sachverständigen möglich sei. Mit Schriftsatz vom 07.02.2006 hat er dazu weiter ausgeführt, es sei inzwischen in Zusammenarbeit mit der Firma E ein Programm zur Auswertung der elektronischen Speichermedien entwickelt worden, mit dem sich der konkrete Stammkundenanteil der Tankstelle ermitteln lasse. Ausgehend von acht Tankvorgängen pro Jahr betrage der Stammkundenanteil danach 74,98 % (GA IV 723).

Nachdem die Beklagte am 16.10.2003 einen Teilbetrag von 42.483,56 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 anerkannt hatte (GA I 92 R) und das Landgericht ein entsprechendes Anerkenntnis-Teilurteil erlassen hat (GA I 93), hat der Kläger beantragt, 10

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 125.642,28 € nebst Zinsen hieraus von 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2002 abzüglich des durch das Anerkenntnisurteil tenorierten Betrages zu zahlen. 11

Die Beklagte hat hinsichtlich des über das Anerkenntnis hinausgehenden Betrages beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Die Beklagte hat vorgetragen, Mehrfachkunde sei ein Kunde, der mindestens zehn Tankvorgänge im Jahr an einer Tankstelle abwickle, sofern zwischen den Tankvorgängen eine Zeitspanne von nicht mehr als vierzig Tagen liege. Der durchschnittliche Mehrfachkundenabsatz differiere für jeden Kartentyp sehr stark, nämlich zwischen 98,89 % bei den Stationskarten und 15,61 % bei den EC-Karten, zumal die Unterschiede hinsichtlich der Kartenbindung bei den einzelnen Kartentypen sehr hoch seien. Bezogen auf den Durchschnitt aller Kartenkunden belaufe sich der Mehrfachkundenanteil auf 40,94 %. Barumsätze könnten nicht einfach mit den Kartenumsätzen gleichgesetzt werden, weil barzahlende Kunden üblicherweise nicht volltankten. Nach Auffassung der Beklagten sei bei der vom Kläger betriebenen Tankstelle von einem Stammkundenanteil von höchstens 31,05 % auszugehen. Auf der Grundlage der im Hinweisbeschluss der Kammer niedergelegten Auffassung, dass als Stammtanker diejenigen Kunden anzusehen seien, die in den letzten zwölf Vertragsmonaten mindestens achtmal an der vom Kläger betriebenen Tankstelle getankt hätten, ergebe sich entsprechend der Berechnung in den Anlagen B 11 und B 12 ein rechnerischer Stammkundenabsatzanteil von 53,45 % am Gesamtumsatz. Im Übrigen hat die Beklagte die Aufrechnung mit der Höhe nach unstreitigen Gegenansprüchen (5.000,00 €) erklärt. 14

Das Landgericht hat – nachdem es die Beauftragung eines Sachverständigen rückgängig gemacht hat – der Klage unter Abweisung im Übrigen teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, über den anerkannten Betrag von 42.483,56 € hinaus weitere 32.069,24 € an den Kläger zu zahlen, so dass sich ein Gesamtbetrag von 74.552,80 € ergibt (jeweils nebst Zinsen). Bei der Berechnung des dem Grunde nach unstreitigen Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB ist das Landgericht bei der Ermittlung des Stammkundenanteils davon ausgegangen, dass jeder Kunde der mindestens achtmal im Jahr an der Tankstelle tankt, als Stammtanker angesehen werden könne. Der Stammkundenanteil sei zu ermitteln, indem der Umsatzanteil der Mehrfachkunden am Gesamtumsatz der Kartenkundschaft mit Ausnahme der Stationskartenkunden hochgerechnet werde. Ausgehend von diesen Vorgaben habe die Beklagte unter Auswertung der ZIP-Disketten mit den konkreten Daten der vom Kläger betriebenen Tankstelle einen Stammkundenanteil von 53,45 % errechnet. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens sei entbehrlich geworden, nachdem der Kläger 15

ausdrücklich ausgeführt habe, dass dieser Beweisantrag nicht mehr aufrecht erhalten werde. Insgesamt liegt dem Urteil folgende Berechnung zugrunde:

- Letzte Jahresprovision unstreitig 103.000,00 €	16
- Abzug für Altkunden unstreitig <u>15.450,00 €</u>	17
- Zwischensumme 87.550,00 €	18
- Abzüglich 10 % Abschlag für verwaltende Tätigkeit 78.795,00 €	19
- Davon Stammkundenumsatzanteil 53,45 % (bei achtmal Tanken pro Jahr) 42.115,93 €	20
- 200 % Provisionsverlust 84.231,86 €	21
- Abzüglich 10 % Abschlag f.d. Sogwirkung der Marke 75.808,67 €	22
- Abgezinst nach Gillardon (43,423 : 48) 68.580,00 €	23
- Zuzüglich 16 % MWSt. <u>79.552,80 €</u>	24
- Abzüglich unstreitiger Gegenforderungen <u>5.000,00 €</u>	25
74.552,80 €	26
- Abzüglich Teilanerkenntnisurteil <u>42.483,56 €</u>	27
32.069,24 €	28

Auf die weiteren Einzelheiten der landgerichtlichen Entscheidung wird Bezug genommen. 29

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihrer jeweiligen Berufung. 30

Der Kläger meint, dass der ihm zustehende Ausgleichsanspruch die ausgerichteten Beträge um weitere 46.089,47 € übersteigt. Er macht geltend, in erster Instanz sei die von ihm vorgelegte E-Auswertung zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Sein diesbezügliches Vorbringen sei nicht verspätet gewesen, weil er sich schon vor dem Schriftsatz vom 07.02.2006 auf diese Auswertung berufen habe. Zudem hätte das Landgericht nicht ohne Sachverständigen entscheiden dürfen, da es die Auswertungen der Beklagtenseite ohne sachverständige Hilfe nicht habe nachvollziehen können. Des Weiteren habe das Landgericht seinen Vortrag zum Kartenwechsel von Kunden nicht berücksichtigt. Der Abzug von 10 % für einen angeblichen Verwaltungsanteil sei ebenso wenig gerechtfertigt wie ein weiterer Abzug von 10 % für eine Sogwirkung der Marke. In seiner Berufungsbegründungsschrift vom 12.06.2006 hat der Kläger zunächst folgende Berechnung vorgelegt (GA V 840): 31

- Agenturvergütungen 103.000,00 €	32
- Mehrfachkundenumsatz (achtmal Tanken/Jahr, gewichtet 15/85 = 74,98 %) <u>77.229,40 €</u>	33
- Agenturvergütung für werbende Tätigkeit 77.229,40 €	34
- Bis Ende des Prognosezeitraumes (200 %) 154.458,80 €	35

36

- Summe 154.458,80 €	
- Abgezinst nach Gillardon (43,423 : 48) 139.730,51 €	37
- 16 % Mehrwertsteuer 22.356,88 €	38
- Rohausgleich 162.087,39 €	39
- Kappungsgrenze 5-Jahresdurchschnitt einschl.	40
16 % MWSt. 125.642,27 €	41
- Aufrechnungsansprüche - 5.000,00 €	42
- Anerkenntnisurteil - 42.483,56 €	43
- Restbetrag 78.158,71 €	44
- Urteilsbetrag vom 08.02.2006 - 32.069,24 €	45
- Mit der Berufung verfolgter Betrag 46.089,47 €	46

Die Nichtberücksichtigung des unstreitigen Altkundenanteils hat er vor dem Senat dahin erläutert, dass sich dies wegen der Kappungsgrenze nicht auf das Ergebnis auswirke. 47

Nachdem der Senat dem Kläger zunächst mit Beschluss vom 14.06.2007 Vorgaben für die Berechnung des Anspruchs gemacht hat (GA V 902), hat der Kläger eine weitere sogenannte E-Berechnung vom 10.08.2007 vorgelegt (Anl. K 33, GA V 908 ff.). Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 – (VersR 2008, 214) hat der Senat sodann seine Berechnungsvorgaben durch Verfügung vom 14.02.2008 modifiziert (GA VI 1021, 1021R), und zwar insbesondere dahin, dass voraussichtlich der Auffassung des Bundesgerichtshofes gefolgt werde, wonach als Stammkunden im Allgemeinen die Kunden angesehen werden, die mindestens viermal pro Jahr bei dem Tankstellenbetreiber getankt haben. Des Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass nach den bisherigen Vorgaben des Senats die Berechnung nur anhand von EC-Karten und üblichen Kreditkarten (z.B. Mastercard, Visa, American Express) erfolgen sollte, also nicht unter Berücksichtigung von Tank-, Flotten-, Routex- oder ähnlichen Karten. Darauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 17.03.2008 eine E-Berechnung vom 26.02.2008 vorgelegt (Anlage K 36, GA VI 1028 ff.), die unter Berücksichtigung des geltend gemachten Umstandes, dass es Kunden gebe, die mit verschiedenen Zahlungsmitteln oder mit verschiedenen Karten zahlen würden (Kartenwechsler), einen Stammkundenanteil von 71,92 % ermittelt. 48

Nachdem der Senat zwischenzeitlich in einem anderen Fall betreffend den Handelsvertreterausgleichsanspruch eines Tankstellenbetreibers ein Berufungsurteil gefällt hatte, bei dem er für die Hochrechnung des Stammkundenanteils nun die Auffassung vertreten hat, dass über "klassische" Kreditkarten und EC-Karten hinaus auch weitere Karten in die Berechnung einfließen (Senat, Urteil vom 29.05.2008 - 18 U 164/07 -), hat der Kläger eine E-Berechnung vom 17.05.2008 vorgelegt, die bei Berücksichtigung eines wechselnden Zahlungsverhaltens von Kunden zu einem Stammkundenanteil von 76,48 % kommt (Anlage K 37). 49

Der Kläger beantragt, 50

unter Zurückweisung der gegnerischen Berufung das angefochtene Urteil (teilweise) 51
 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 46.089,48 € nebst Zinsen aus
 120.642,28 €, und zwar 5 % Zinsen ab 01.07.2002 bis 28.08.2003 und Zinsen in Höhe von 8
 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 zu zahlen, abzüglich 8 %
 Zinsen über dem Basiszinssatz aus 32.069,24 € seit dem 29.08.2003 und weiter abzüglich 5
 % Zinsen aus 74.552,80 € für die Zeit vom 01.07.2002 bis zum 28.02.2003 (gemeint offenbar:
 28.08.2003).

Die Beklagte beantragt,

52

unter Zurückweisung der gegnerischen Berufung teilweise abändernd die Klage insoweit
 abzuweisen, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger über den durch
 Anerkenntnis-Teilurteil vom 16.02.2003 ausgeurteilten Betrag in Höhe von 42.483,56 € nebst
 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 hinaus mehr als weitere 16.128,90
 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.08.2003 sowie 5 % Zinsen aus mehr
 als 58.612,46 € für die Zeit vom 01.07.2002 bis zum 28.02.2003 (gemeint offenbar:
 28.08.2003) zu zahlen.

Die Beklagte meint, das Landgericht hätte über den anerkannten Betrag hinaus nicht mehr 54
 als weitere 16.128,90 € zusprechen dürfen. Für eine Qualifikation als Stammtanker seien
 mindestens zehn Tankvorgänge pro Jahr erforderlich. Außerdem sei die von der Gegenseite
 bei der Ermittlung der Stammtanker geltend gemachte Berücksichtigung angeblicher
 Kartenwechsler nicht nachvollziehbar. Der Stammkundenanteil sei auf der Grundlage von
 EC-Kartenkunden zu ermitteln. Auf dieser Grundlage kommt die Beklagte zu einem
 Stammkundenanteil von 42,74 %, wobei sie in ihrer Berufungsbegründungsschrift vom
 14.06.2006 folgende Berechnung vorgelegt hat (GA V 803):

- Letzte Jahresnettoprovision unstreitig 103.000,00 €	55
- Abzug für Altkunden unstreitig <u>15.450,00 €</u>	56
- Zwischensumme 87.550,00 €	57
- Abzüglich 10 % Abschlag für verwaltende Tätigkeit 78.795,00 €	58
- Davon Stammkundenumsatzanteil 42,74 % 33.676,98 €	59
- 200 % Provisionsverlust 67.353,96 €	60
- Abzüglich 10 % Abschlag f.d. Sogwirkung der Marke 60.618,56 €	61
- Abgezinst nach Gillardon (43,423 : 48) 54.838,33 €	62
- Zuzüglich 16 % MWSt. 8.774,13 €	63
- Gesamtausgleichsanspruch 63.612,46 €	64
- Abzüglich unstreitiger Gegenforderungen 5.000,00 €	65
58.612,46 €	66
- Abzüglich Teilanerkenntnisurteil <u>42.483,56 €</u>	67
16.128,90 €	68

Nachdem der Senat auch der Beklagten aufgegeben hat, dazu Stellung zu nehmen, zu welchem Stammkundenanteil sie bei ihren Berechnungen gelangt, wenn als Stammkunden diejenigen anzusehen sind, die viermal pro Jahr beim Kläger getankt haben, hat die Beklagte verschiedene Berechnungen vorgelegt und unter anderem ausgeführt, dass der Stammkundenanteil für diesen Fall 65,98 % betrage, sofern man sämtliche Karten mit Ausnahme der Stationskarten zugrunde lege und keine Einschränkung dahin mache, dass das viermalige Tanken pro Jahr dahin zu verstehen sei, dass einmal pro Quartal getankt werde. Allerdings entspricht es gerade nicht der Auffassung der Beklagten, dass das zur Stammkundeneigenschaft führende viermalige Tanken pro Jahr ohne Quartalseinschränkung zu verstehen sein soll, was sie im Einzelnen begründet. 69

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das erstinstanzliche Urteil, die Schriftsätze nebst Anlagen und die Verhandlungsprotokolle Bezug genommen. 70

B. 71

Die Berufung des Klägers ist teilweise begründet. Sie führt zu einer Erhöhung des in erster Instanz zuerkannten Gesamtbetrages um 21.078,27 € nebst Zinsen. Das darüber hinausgehende Rechtsmittel des Klägers, der eine Erhöhung um insgesamt 46.089,47 € angestrebt hat, ist unbegründet. 72

Die Berufung der Beklagten, mit der sie das Ziel einer Herabsetzung des vom Landgericht zuerkannten Gesamtbetrages um 15.940,34 € verfolgt hat, ist unbegründet. 73

I. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dem Kläger dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB gegen die Beklagte zusteht. Der Streit geht allein um die Höhe dieses Anspruchs. 74

II. Die Höhe des Ausgleichsanspruchs beträgt 100.613,07 €, wovon 5.000,00 € wegen der zur Aufrechnung gestellten unstreitigen Gegenforderungen in Abzug zu bringen sind. Danach ergibt sich ein insgesamt zuzuerkennender Betrag von 95.631,07 €, so dass der Kläger von der Beklagten über den bereits anerkannten Betrag von 42.483,56 € hinaus weitere 53.147,51 € verlangen kann. 75

Der Senat folgt im Grundsatz weitgehend der Berechnungsweise des Landgerichts, wobei eine Korrektur insbesondere deshalb erforderlich ist, weil der Senat dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 - (VersR 2008, 214) Rechnung trägt, das nach der Entscheidung des Landgerichts ergangen ist. 76

In der Übersicht ergibt sich folgende Berechnung des Ausgleichsanspruchs: 77

- Letzte Jahresprovision 103.000,00 € 78

- Abzug für Altkunden 15.450,00 € 79

- Zwischensumme 87.550,00 € 80

- 10 % Abzug für verwaltende Tätigkeit 78.795,00 € 81

- Stamkundenumsatzanteil (67,6 %) 53.265,42 € 82

- Abwanderungsquote (200 %) 106.530,84 € 83

84

- Billigkeitsabzug 10 % wegen Sogwirkung der Marke 95.877,76 €	
- Abzinsung nach Gillardon (43,423 : 48) 86.735,41 €	85
- Zzgl. 16 % MWSt, <u>Gesamtausgleichsanspruch 100.613,07 €</u>	86
- Abzüglich Gegenansprüche 5.000,00 €	87
Zuzuerkennender Gesamtbetrag 95.631,07 €	88
- Bereits zuerkannter Anerkenntnisbetrag 42.483,56 €	89
- Vom Landgericht mit Urteil vom 08.02.2006 weiter zuerkannter Betrag 32.069,24 €	90
Somit auf die Berufung des Klägers weiter zuzuerkennender Betrag 21.078,27 €	91
Zu der Berechnung im Einzelnen:	92
1. Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist die letzte Jahresprovision im Handelsvertretergeschäft zugrunde zu legen, die die Parteien mit 103.000,00 € unstreitig gestellt haben.	93
2. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass von der vorgenannten Jahres-provision eine Abzug von 15.450,00 € für die Übernahme von Altkunden vorzunehmen ist.	94
3. Von dem sich danach ergebenden Betrag (87.550,00 €) hat der Senat mit dem Landgericht 10 % für verwaltende Tätigkeiten abgezogen, somit 90 % für werbende Tätigkeit des Klägers berücksichtigt.	95
a) Bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen oder Provisionsanteile zugrunde zu legen, die der Handelsvertreter für seine werbende (vermittelnde oder abschließende) Tätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für sogenannte verwaltende (vermittlungsfremde) Tätigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 – unter II.3. m.w.N., VersR 2008, 214).	96
b) Allerdings lässt sich der Umfang eines auf verwaltende Tätigkeit entfallenden Provisionsanteils nicht schon aus dem Tankstellenvertrag vom 05./07.10.1999 ableiten. Die in § 5 Abs. 4 Satz 2 des Vertrages enthaltene Regelung, wonach 50 % der Vergütung "für verwaltende Tätigkeiten" gezahlt werden, verstößt wegen der damit verbundenen, im voraus vereinbarten Einschränkung des Ausgleichsanspruchs gegen § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB und ist deshalb gemäß § 134 BGB nichtig. Da der Regelung nicht zu entnehmen ist, was konkret unter verwaltender Tätigkeit zu verstehen sein soll, hat die scheinbar nur als Entgeltvereinbarung formulierte Klausel in Wahrheit nur den Inhalt und die Bedeutung, 50 % der zu zahlenden Gesamtvergütung bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs unberücksichtigt zu lassen, was mit § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB nicht zu vereinbaren ist (BGH, Urteil vom 10.07.2002 – VIII ZR 58/00 – unter II.2., NJW-RR 2002, 1548).	97
c) Demnach kommt es entscheidend auf das tatsächliche Verhältnis zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit an (BGH, Urteil vom 10.07.2002 – VIII ZR 58/00 – unter II.2.b), NJW-RR 2002, 1548). Insoweit sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits mehrfach Abschlüsse von 10 % wegen verwaltender Tätigkeit von Tankstellenbetreibern nicht beanstandet worden (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 – m.w.N., VersR	98

2008, 214; BGH, Urteil vom 10.07.2002 – VIII ZR 58/00 –, NJW-RR 2002, 1548; BGH, Urteil vom 06.08.1997 – VIII ZR 150/96 –, NJW 1998, 66; BGH, Urteil vom 28.04.1988 – I ZR 66/87 –, NJW-RR 1988, 1061). Allerdings handelte es sich in der Regel um Fallgestaltungen, bei denen der klagende Tankstellenbetreiber einen Verwaltungsanteil von 10 % einräumte, während die beklagte Mineralölgesellschaft einen höheren Anteil behauptete, ohne diesen nachvollziehbar darzulegen. Vorliegend stellt der Kläger hingegen einen Verwaltungsanteil der Provisionen überhaupt in Abrede, und zwar mit der Begründung, dass es im Tankstellenbereich keine Tätigkeit mit ausschließlich verwaltendem Charakter gäbe (S. 8 der Berufungsbegründung vom 19.06.2006 = GA V 836), während die Beklagte vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Abschlag von 10 % für verwaltende Tätigkeit für angemessen hält. Auch wenn man berücksichtigt, dass die Beklagte für einen von ihr behaupteten höheren Anteil verwaltender Tätigkeit darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 06.08.1997 – VIII ZR 150/96 – unter B.I.3 m.w.N., NJW 1998, 66; BGH, Urteil vom 12.02.2003 – VIII ZR 130/01 – unter B.III.2.a), NJW-RR 2003, 821) und des Weiteren davon ausgehen würde, dass sich ihrem Vorbringen, auch im Schriftsatz vom 31.03.2008 (GA VI 1059f.), die Gewichtung des Anteils verwaltender Tätigkeit des Klägers nicht ausreichend sicher entnehmen ließe (vgl. dazu BGH, Urteil vom 06.08.1997 – VIII ZR 150/96 – unter B.I.3.b), NJW 1998, 66), ist gleichwohl angesichts der vorliegenden besonderen Fallgestaltung ein Abschlag von 10 % für verwaltende Tätigkeit gerechtfertigt.

aa) Der Frage eines Abschlages für verwaltende Tätigkeit ist nämlich die Frage vorgelagert, ob und in welchem Umfang es sich bei der Tätigkeit des Klägers um werbende Tätigkeit handelt. Insoweit muss aber der Kläger darlegen, dass er der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nur solche Provisionsteile zugrunde legt, die auf seine werbende Tätigkeit entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.1988 – I ZR 66/87 – unter II.2.b), NJW-RR 1988, 1061). Eine solche Darlegung ist der Höhe nach jedoch nicht vollständig schlüssig, wenn – wie hier – im Ergebnis vorgetragen wird, dass die gesamte Tätigkeit werbend sei, weil überhaupt keine ausschließlich verwaltende Tätigkeit anfalle. Nach Auffassung des Senats ist es angesichts der vielen Einzeltätigkeiten, die der Kläger im Rahmen des Tankstellenvertrages auszuüben hatte, nämlich nicht nachvollziehbar, in sich unstimmig und letztlich unzutreffend, dass überhaupt keine ausschließlich verwaltende Tätigkeit angefallen sein soll. Insoweit sei nur auf die mit Schriftsatz der Beklagten vom 31.03.2008 beispielhaft aufgeführten Verwaltungstätigkeiten hingewiesen (GA VI 1059f.) sowie zum Beispiel auch auf die gemäß § 2 des Tankstellenvertrages vom Kläger geschuldete Buchführungspflicht. Im Übrigen lässt sich der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entnehmen, dass in den "Tankstellenfällen" überhaupt kein Verwaltungsanteil anfällt. Dass die Einordnung der jeweiligen konkreten Tätigkeit als werbend oder verwaltend oftmals mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und gerade im Bereich der Tankstellenbetreiber insoweit oft Besonderheiten zu beachten sind, führt zu keiner anderen Würdigung. Bei dieser besonderen prozessualen Lage, bei der die Beklagte im Ergebnis eine über 90 % hinausgehende werbende Tätigkeit bestreitet, geht die Schlüssigkeit des klägerischen Vorbringens zur Höhe des Anteils der werbenden Tätigkeit nicht über 90 % hinaus. Ein Abzug von 10 % ist demnach gerechtfertigt. 99

bb) Hilfsweise geht der Senat davon aus, dass er die Höhe des Anteils verwaltender Tätigkeit für den vorliegenden Fall im Rahmen des § 287 Abs. 2 ZPO schätzen kann, wobei insoweit ein Anteil von 10 % angemessen erscheint. Dass in bisherigen "Tankstellenfällen" ein Verwaltungsanteil von jedenfalls 10 % oft unstreitig gestellt wurde, beruht zur Überzeugung des Senats gerade auch darauf, dass mit dieser Größenordnung dem Problem einer konkreten Bemessung eines solchen Anteils in für beide Seiten der Sache nach angemessener Weise Rechnung getragen wird. Dementsprechend hält der Senat auch im 100

vorliegenden Fall die Berücksichtigung eines Anteils in dieser Größenordnung für angemessen, zumal nicht ersichtlich ist, dass der Fall diesbezüglich Besonderheiten aufweist, die es rechtfertigen könnten, dass er insoweit aus dem Rahmen der "üblichen Tankstellenfälle" fällt.

4. 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 § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 - unter II. 1. m.w.N., Vers 2008, 214). Diesen Anteil schätzt der Senat auf 67,6 %. 101

a) Stammkunden sind alle Mehrfachkunden, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 - unter II.1.b) m.w.N., VersR 2008, 214). 102

aa) Das Landgericht ist in diesem Zusammenhang – ohne die Entscheidung des Bundesgerichtshofes VIII ZR 194/06 kennen zu können – davon ausgegangen, dass acht Tankvorgänge eines Kunden pro Jahr ausreichen, um die Stammkundeneigenschaft zu begründen. Dieser Wert ist auf der Grundlage der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu korrigieren. Der Bundesgerichtshof hat in den Gründen der vorgenannten Entscheidung unter II.1.b) ausgesprochen, dass derjenige als Stammkunde eines Tankstellenhalters angesehen werden kann, der mindestens vier Mal im Jahr bei derselben Tankstelle tankt. Dem hat sich der Senat bereits angeschlossen (Senat, Urteil vom 29.05.2008 – 18 U 164/07 -), woran auch vorliegend festgehalten wird. 103

bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist nach Auffassung des Senats nicht im Sinne eines zusätzlichen Quartalskriteriums zu verstehen, das die Beklagte dem Urteil entnehmen will, in dem es unter anderem heißt "also durchschnittlich wenigstens ein Mal pro Quartal". Das ergibt sich aus dem weiteren Zusammenhang der Entscheidungsgründe. Durch die Verwendung des Wortes "durchschnittlich" wird deutlich, dass keine weitere Verteilung auf das Jahr notwendig ist. Käme man zu der Erforderlichkeit einer solchen, ergäbe sich auch eine wesentlich andere Berechnung für den Stammkundenfaktor. 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) 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. 104

b) Da vorliegend die Möglichkeit besteht, elektronisch erfasste Kartenumsätze der Tankstelle bei der im Rahmen des § 287 Abs. 2 ZPO gebotenen Schätzung des auf Stammkunden entfallenden Anteils am Umsatz heranzuziehen, ist der Stammkundenumsatzanteil unter Zuhilfenahme der konkreten Kartenumsätze zu ermitteln, so dass es diesbezüglich keines Rückgriffs auf repräsentative Umfragen oder statistisches Material bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 – unter II.1.a), VersR 2008, 214; BGH, Urteil vom 105

aa) Bei dieser Art der Ermittlung des Stammkundenanteils folgt der Senat indessen nicht der Auffassung des Landgerichts, dass insoweit allein die von der Beklagten vorgelegte Abrechnung zugrunde zu legen sei. Vielmehr ist der Kläger mit seinem erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Vorbringen zur Berechnung des Stammkundenanteils nicht gemäß § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Die Zurückweisung seines Vortrages wegen Verspätung durch das Landgericht hat keinen Bestand. 106

Zwar hat das Landgericht mit Verfügung vom 15.12.2005 angekündigt, dass von den Berechnungen der Beklagtenseite auszugehen sei und die Akten vom Sachverständigen zurückgefordert würden, wenn der Kläger nicht binnen zehn Tagen Bedenken gegen diese Verfahrensweise anmelde (GA IV 706, 706R). Auch wenn Bedenken innerhalb dieser Frist sodann nicht geltend gemacht worden sind, hat das Landgericht den Kläger mit seinem vom Beklagtenvortrag abweichenden Vortrag zum Stammkundenanteil nicht wirksam ausgeschlossen. Denn bereits vor der Verfügung vom 15.12.2005 stand ohnehin eindeutig fest, dass der Kläger die Berechnung der Beklagten nicht akzeptieren wollte. Dies entnimmt der Senat daraus, dass der Kläger seinerseits bereits vor der Verfügung des Landgerichts eine eigene Abrechnung in Form einer sogenannten E-CD vorgelegt hatte (GA IV 694). Insbesondere auch vor diesem Hintergrund ist der Inhalt des klägerischen Schriftsatzes vom 13.12.2005 (GA IV 701 ff.) dahin zu würdigen, dass der Kläger nicht generell auf ein Gutachten verzichten wollte, sondern eine Begutachtung nur deshalb für nicht erforderlich hielt, weil er meinte, selbst eine ohne Weiteres nachvollziehbare Berechnung vorgelegt zu haben. Gegen eine wirksame Zurückweisung des Klägervortrages wegen Verspätung spricht zudem, dass das Landgericht die prozessuale Norm, auf die die Zurückweisung gestützt werden sollte, nicht genannt hat, so dass nicht erkennbar ist, ob das Landgericht im Wege einer Ermessensentscheidung vorgehen wollte (vgl. dazu Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl., § 531 Rdnr. 8). 107

bb) Ausgangspunkt für die Schätzung des Stammkundenanteils sind vielmehr die vom Kläger und Beklagtenseite vorgelegten aus den konkreten Kartenumsätzen abgeleiteten Berechnungen, soweit sie den Vorgaben des Senats zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung entsprechen. Diese Vorgaben bestehen im Wesentlichen darin, dass ein viermaliges Tanken pro Jahr die Stammkundeneigenschaft begründet (siehe oben) und der Schätzung des Stammkundenanteils der Barzahler alle Kartenumsätze ohne Beschränkung auf einzelne Kartenarten – mit Ausnahme der Stationskarten – zugrunde zu legen ist. 108

Dass die Stationskarten für die Hochrechnung ungeeignet sind, ergibt sich daraus, dass in der Regel alle Stationskunden im Rahmen der Schätzung als Stammkunden angesehen werden können, so dass sich diese Kundengruppe nicht als Grundlage für eine Ermittlung des Stammkundenanteils bei den Barzahlern eignet (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2007 – VIII ZR 194/06 – unter II.1.d), VersR 2008, 214). 109

Im Hinblick auf die anderen Kartenarten hat sich der Bundesgerichtshof nicht abschließend geäußert, sondern in der vorgenannten Entscheidung wie bereits in seinem Urteil vom 10.07.2002 – VIII ZR 58/00 -, NJW-RR 2002, 1548 auf die "inzwischen weit verbreiteten Kreditkarten oder vergleichbare Karten (z.B. EC-Karten)" abgestellt. Abgesehen von dem Ausschluss der Stationskarten hält der Senat - entsprechend seiner Entscheidung vom 29.05.2008 – 18 U 164/07 - eine weitere Differenzierung zwischen "klassischen" Kreditkarten (z.B. Visa, Mastercard, American Express) und EC-Karten einerseits sowie den sonstigen bei der Tankstelle der Klägerin eingesetzten Karten andererseits (z.B. T+E-Karten, Tankkarten, Flottenkarten, WestfalenCard, Routex, Aral/BP-Card) für die Schätzung des 110

Stammkundenanteils unter den Barzahlern grundsätzlich nicht für geboten. 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. Der Senat hält es für vertretbar, im Regelfall - sofern nicht die Besonderheiten der konkreten Tankstelle eine Unterscheidung gebieten, was hier nicht der Fall ist - auf derartige 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 sogenannter Kartenkunde auch ein "potentieller" barzahlender Kunde ist. Dem Senat ist bewusst, dass die von ihm befürwortete Handhabung zu einer in gewissem Umfang pauschalierten Betrachtung der Kundenbeziehungen führt. Er hält dies aber für sachgerecht, zumal es nach wie vor um das Schaffen einer möglichst auch praktikablen Schätzungsgrundlage im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO geht, auch wenn man nunmehr die Auswertung der elektronischen Kartenumsätze als Berechnungsgrundlage zum Beispiel den Repräsentativbefragungen vorzieht.

cc) Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht nun darin, dass beide Parteien unter der Vielzahl der von ihnen vorgelegten Berechnungen unter anderem auch jeweils für sich gesehen schlüssige Berechnungen vorgelegt haben, die auf den vorgenannten Vorgaben aufbauen, ohne dass die Ergebnisse sehr weit voneinander abweichen. 111

So hat der Kläger mit seiner E-Analyse vom 10.08.2007 (K-33, GA V 908) eine Berechnung vorgelegt, in der alle Karten berücksichtigt worden sind (außer Stationskreditkunden, die zutreffend vollständig gewichtet worden sind) und die im Rahmen verschiedener Alternativberechnungen unter anderem eine Tankfrequenz von mindestens vier Tankvorgängen pro Jahr zugrunde legt. Mit diesen Vorgaben hat der Kläger – wenn man seine Aufschläge für Kartenwechslerverhalten nicht berücksichtigt (siehe dazu unten B II.4.b)dd)) – einen Stammkundenumsatzanteil aller Kunden von 70,7 % ermittelt (vgl. Seite 11 der E-Analyse vom 10.08.2007, GA V 919). 112

Die Beklagte hat ebenfalls unter anderem auf Grundlage der vorstehenden Vorgaben gerechnet und ist dabei auf einen Stammkundenumsatzanteil von 65,98 % gekommen (vgl. Seite 14 des Schriftsatz vom 31.03.2008 sowie Seite 1 und 2 der Anlage BB 10 = GA VI 1063, 1081, 1082). 113

Der Unterschied beträgt also lediglich 4,72 %. Wie die Erörterungen vor dem Senat ergeben haben, beruht dieser Unterschied überwiegend darauf, dass der Kläger Flottenkarten kundenbezogen ausgewertet hat, während die Beklagte insoweit eine kartenbezogene Auswertung zugrunde legt. 114

Nach Auffassung des Senats ist bei Flottenkarten von einer kartenbezogenen Auswertung auszugehen. Bei einer kartenbezogenen Betrachtung wird bei sogenannten Flotten- und Firmenkarten 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. 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 (Senat, Urteil vom 29.05.2008 – 18 U 164/07 -). Dabei ist sich der Senat auch hier bewusst, dass die von ihm befürwortete Handhabung zu 115

einer im gewissen Umfang pauschalierten Betrachtung der Kundenbeziehungen führt, was er aber aus Gründen der Praktikabilität, sofern die Besonderheiten der konkreten Tankstelle nicht eine besondere Betrachtung erfordern, für sachgerecht hält. Nur hilfsweise weist der Senat darauf hin, dass es auch in der Sache wohl nicht überzeugend sein dürfte, wenn beispielsweise ein Großspeditionsunternehmen, das tausende von Tankvorgängen pro Jahr durchführt, als Stammkunde der vom Kläger betriebenen Tankstelle gewertet würde, wenn zufällig vier seiner Fahrer mit verschiedenen Tankkarten dieses Unternehmens binnen eines Jahres an der Tankstelle des Klägers getankt hätten. Dies läge allerdings in der Konsequenz der klägerischen Auffassung, die zudem darauf hinauslaufen könnte, dass ein Großunternehmen möglicherweise Stammkunde bei tausenden von Tankstellen wäre.

Nach alledem hält sich der Senat im Rahmen seines Schätzungsermessens nach § 287 Abs. 2 ZPO für befugt, die überwiegend auf einer kunden- bzw. kartenbezogene Sichtweise bei Flottenkarten beruhende Differenz zwischen den beiden Berechnungen überwiegend zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen und die klägerische Berechnung dementsprechend um 3,1 % (entspricht rund zwei Dritteln der Differenz) auf einen Stammkundenumsatzanteil von 67,6 % zu kürzen. Angesichts der besonderen Situation des nicht sehr erheblichen Abweichens der beiden für sich schlüssigen Berechnungen erscheint es nicht geboten, die jeweiligen Berechnungen unter Einschaltung eines Sachverständigen weiteren Überprüfungen bis in die letzten Verästelungen zu unterziehen und insbesondere zu untersuchen, wie es zu den relativ geringen Abweichungen bei den Ausgangswerten gekommen ist, wie sie etwa die Beklagte auf den Seiten 2 und 3 ihres Schriftsatzes vom 31.03.2008 dargelegt hat (GA VI 1051 f.). Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass es im Ergebnis um die Ermittlung von Annäherungswerten geht, die Grundlage einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO sein sollen. Auch wenn diese Annäherungswerte möglichst präzise sein sollen, ist nicht zu verkennen, dass ein denkbarer Erkenntnisgewinn unter Berücksichtigung des geringen Umfanges seiner möglichen Auswirkung auf das Ergebnis und der mit weiterer Klärung verbundenen Schwierigkeiten in keinem angemessenen Verhältnis zu einem weiteren Andauern des langwierigen Verfahrens stehen würde.

dd) Eine Beaufschlagung des Stammkundenumsatzanteils unter dem Gesichtspunkt, dass es Kunden gibt, die mit mehr als einem Zahlungsmittel zahlen (Wechsel zwischen Barzahlung und Kartenzahlung sowie Kartenwechsler), hält der Senat nicht für geboten, wobei er auch dies auf sein Schätzungsermessen gemäß § 287 Abs. 2 ZPO stützt. Den insoweit angebotenen Beweisanträgen des Klägers ist nicht nachzugehen. Die Berücksichtigung eines Zahlungs- bzw. Kartenwechsleraufschlages führt nach Auffassung des Senats zu einer unangemessenen Verkomplizierung der tatrichterlichen Schätzung. Da es bei einer Hochrechnung des Verhaltens von Kartenkunden auf den Gesamtumsatz nicht nur um Genauigkeit, sondern auch um die Praktikabilität der Stammkundenermittlung geht, die zudem dem Tankstellenbetreiber möglichst in angemessener Zeit zu seinen berechtigten Ansprüchen verhelfen sollte, ist es nicht förderlich, die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs, dessen Bemessung gemäß § 89 b Abs. 1 BGB ohnehin durch Gesichtspunkte der Angemessenheit und Billigkeit bestimmt wird, mit immer weiteren kleinteiligen und peniblen Ermittlungen und Berechnungen zu belasten. Abgesehen davon würden Feststellungen zum Kartenwechslerverhalten, für die sich der Kläger mit Schriftsatz vom 27.05.2008 auf die Daten von 33 Tankstellen im gesamten Bundesgebiet beruft (GA VI 1095), die weitere Frage aufwerfen, inwieweit solche Feststellungen auf die konkreten Verhältnisse der Tankstelle zu übertragen sind. Der Vorteil der kartenbezogenen Auswertung, der darin liegt, dass allein die konkreten Verhältnisse der jeweiligen Tankstelle eine Rolle spielen, würde auf diese Weise verwässert. Zudem ergäben sich weitere Schwierigkeiten auch deshalb, weil berücksichtigt werden müsste, dass es über das Benutzen verschiedener

Karten und Zahlungsarten durch eine Person hinaus auch die umgekehrte Fallgestaltung gibt, dass eine Karte von verschiedenen Personen verwendet wird, wodurch sich weitere Unsicherheiten ergeben. Nur hilfsweise weist der Senat darauf hin, dass nach seiner Überzeugung bei einer reinen Ergebnisbetrachtung angesichts der Annahme einer Stammkundeneigenschaft bei bereits vier Tankvorgängen pro Jahr ein für den Tankstellenbetreiber in jeder Hinsicht angemessenes Ergebnis auch dann erzielt wird, wenn man über die vom Senat befürwortete, in gewisser Weise pauschalisierte Berechnungsweise hinaus den vom Kläger verfolgten weiteren Differenzierungen nicht nachgeht.

5. Mangels ausreichender Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen legt der Senat der Verlustprognose nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB eine Abwanderungsquote von jährlich 20 % zugrunde und errechnet hieraus einen Gesamtprovisionsverlust von $80 \% + 60 \% + 40 \% + 20 \% = 200 \%$. 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 vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ebenfalls gebilligt worden (unter II.5. der Gründe). 118

6. Der vom Landgericht vorgenommene Billigkeitsabzug (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) wegen der Sogwirkung der Marke B ist nicht zu beanstanden. Ein solcher Abzug beruht darauf, dass ein Billigkeitsabschlag gerechtfertigt sein kann, wenn für die Auswahl der Tankstelle Gründe maßgebend sind, die nichts mit den Verkaufsbemühungen des Tankstellenhalters zu tun haben. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Verkaufsbemühungen des Tankstellenhalters durch eine von der Marke des Produkts ausgehende Sogwirkung in nicht unerheblichem Maße gefördert werden. Der Senat ist davon überzeugt, dass dies hier der Fall war, weil es nach wie vor eine Vielzahl von Kunden gibt, deren Kaufentschluss bei den "großen" Mineralölmarken – hier B – wegen einer besondere Qualitätserwartung positiv beeinflusst wird. Er schätzt die Größenordnung eines solchen Einflusses auf 10 %, zumal nicht ersichtlich ist, dass diese Bemessung, die in vielen "Tankstellenfällen" als sachgerecht angesehen worden ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 10.07.2002 – VIII ZR 58/00 – unter B.IV., NJW-RR 2002, 1542) etwaigen Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung nicht gerecht wird. 119

Bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles sieht der Senat darüber hinaus keinen Grund für einen weiteren Abschlag im Rahmen der Billigkeit. Dies gilt insbesondere auch für den Umstand, dass die Gesamthöhe des Ausgleichs angesichts der kurzen Vertragslaufzeit nicht unerheblich erscheint (vgl. dazu Thume in Küst-ner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 8. Aufl., Seite 409f. = IX Rdnr. 55 ff.). 120

7. Die vom Landgericht nach den Barwertfaktoren von Gillardon vorgenommene Abzinsung ist sachgerecht. Der Abzinsungsfaktor von 43,423 : 48 ist zwischen den Parteien unstreitig. Die Höhe der Umsatzsteuer beträgt 16 %, wovon die Parteien ebenfalls übereinstimmend ausgehen. Der sich danach ergebende Ausgleichsanspruch von 100.613,07 € überschreitet die Kappungsgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB nicht, ohne dass es darauf ankommt, ob man insoweit den vom Kläger in der Berufungsbegründungsschrift genannten Kappungsbetrag oder den von der Beklagten auf Seite 11f. ihres Schriftsatz vom 31.03.2008 (GA VI 1060f.) ermittelten Betrag zugrunde legt. Unter Abzug der unstreitigen Gegenansprüche von 5.000,00 € kann der Kläger nach alledem einen Gesamtbetrag von 95.631,07 € von der Beklagten beanspruchen, so dass über den anerkannten Betrag von 42.483,56 € hinaus weitere 53.147,51 € zuzusprechen sind, insgesamt also 21.078,27 € mehr als das Landgericht zugesprochen hat. 121

- III.** Die Zinsentscheidung beruht auf den §§ 291, 288 Abs. 2 BGB sowie §§ 353, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB. 122
- IV.** Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 123
- V.** Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine weitere Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in der Sache VIII ZR 194/06 bedürfen weitere Detailfragen zur Ermittlung des Stammkundenanteils der Klärung. Für die vom Kläger beantragte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (vgl. dazu S. 14 ff. des Schriftsatzes vom 09.09.2004, GA III 556 ff., sowie S. 4 des Schriftsatzes vom 17.03.2008, GA VI 1027) durch den Senat besteht kein Anlass. 124