
Datum: 29.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 169/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0729.18U169.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 265/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19. September 2012 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 53.217,46 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.9.2011 sowie weitere 97,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.1.2012 zu zahlen; die weitergehende Klage bleibt abgewiesen;

die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 92 % und die Beklagte zu 8 %, die Kosten der Berufung tragen der Kläger zu 97 % und die Beklagte zu 3 %.

Dieses sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Das Urteil beschwert den Kläger und die Beklagte mit jeweils mehr als 20.000,00 €.

Streitwert für die Berufung: 674.963,63 €

Gründe:	1
A.	2
Der Kläger nimmt die Beklagte infolge der Beendigung eines sog. Tankstellenvertrages auf Schadensersatz in Anspruch und verfolgt ferner einen Ausgleichsanspruch gem. § 89 b HGB.	3
Der Kläger war zunächst Betreiber einer Tankstelle der Beklagten in C. Dieses Pachtverhältnis begann im Oktober 2004 und endete einvernehmlich mit Ablauf des 7.1.2010. Seine Ehefrau übernahm diese Tankstelle, die sie noch heute führt, und ferner die C2-Tankstelle „D Nord“. Für die Zeit ab dem 12.1.2010 übernahm der Kläger die Tankstelle der Beklagten „D Süd“; dem lag der „C2 Tankstellen- und C2 Store-Konzeptvertrag“ (im Folgenden: Tankstellenvertrag) zwischen den Parteien vom 4./26.11.2009 zugrunde. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:	4
<u>I. Lizenz und Betriebspacht</u>	5
...	6
<u>II. Kraft-, Schmierstoffe und sonstige Agenturwaren</u>	7
...	8
<u>III. C2 Store-Konzept</u>	9
12. Grundlagen	10
12.1 C2 hat unter der Bezeichnung „C2 Store“ bundesweit ein qualitativ hochwertiges ... Sortiment in den verschiedenen Bereichen (Food und Nonfood) definiert, das in einem einheitlichen, typischen Gesamterscheinungsbild angeboten wird. Dieses Sortiment ist die Grundlage für den Aufbau, die Struktur, die Qualität und den Erfolg des C2 Store-Konzeptes ...	11
12.2 Partner und C2 sind sich darüber einig, dass die einheitliche Anwendung des C2 Store-Konzeptes von entscheidender Bedeutung für den Erfolg des Konzeptes ist. ... Die Vertragsparteien stimmen überein, dass dieses voraussetzt, dass auch der Partner die Grundsätze des C2 Store-Konzeptes beachtet. ...	12
...	13
...	14
...	15

12.4	...	Partner entscheidet aufgrund seiner Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse über das konkrete Angebot. Er wird dabei die Grundsätze des C2 Store-Konzeptes beachten. Partner legt die Endverkaufspreise selbstverantwortlich fest, mit Ausnahme für die Agentur- und Kommissionswaren.	
12.5		Partner betreibt das Einzelhandelsgeschäft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung als „C2 Store“, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. C2 wird dem Partner bestimmte Lieferanten empfehlen oder selbst als Anbieter auftreten. Partner ist jedoch in der Auswahl seiner Lieferanten frei.	16
<u>IV. Waschgeschäft</u>			17
17.	C2 SuperWash		18
	17.1	C2 hat ein Systemwaschgeschäft unter der Bezeichnung „C2 SuperWash“ entwickelt. Es zeichnet sich insbesondere durch eine einheitliche technische und optische Ausstattung der Anlagen aus. Das System beinhalten weiterhin ein von C2 herausgegebenes und mit namhaften Herstellern entwickeltes Wasch- und Reinigungsschema-Programm. Die Vertragsparteien stimmen überein, dass zur Wahrung eines einheitlichen Außenauftritts auch die angebotenen Waschprogramme einheitlich sein sollten.	19
	17.2	C2 überlässt Partner eine Waschhalle einschließlich Autowaschanlage und Nebenaggregaten. Partner wird diese im eigenen Namen und auf eigene Rechnung unter der Bezeichnung „C2 SuperWash“ betreiben.	20
	...		21
<u>V. Entgelte</u>			22
20.	Provision		23
	...		24
21.	Pachten		25
	21.1	Für die Überlassung des Geschäftsbetriebs zahlt Partner eine Pacht gemäß den nachfolgenden Grundsätzen	26
	...		27
	c)	...	28
		Die Standortpacht wird für den Zeitraum ab Übernahme der Anlage auf € 20.000,00 p.a. festgesetzt.	29
	...		30
	f)	... In den Sternegruppen ... beträgt die Umsatzpacht auf Nettoumsätze mit	31
		- Tabakerzeugnissen und Telefonkarten 3,0 %	32

		- alle anderen Waren aus dem Shopsortiment mit von Reifen, Batterien, Ersatzteilen) 12,5. %	33
Ausnahme			
		...	34
		- Autowaschanlage:	35
		sofern die Autowaschanlage von C2 gestellt wird 45,0 %	36
		...	37
22.	Einmalige Nutzungsgebühr		38
	22.1	Partner zahlt für die Nutzung des C2 Store-Konzeptes eine	39
einmalige		... Nutzungsgebühr in Höhe von € 7.500,00 zzgl. Umsatzsteuer...	40
		...	41
23.	Werbekostenbeitrag		42
	23.1	An den von C2 im Rahmen des C2 Store-Konzeptes und	43
Waschge-		schäftes für das Partnereigengeschäft entwickelten	
Werbe- und Marke-		tingaktionen beteiligt sich Partner mit einem	
jährlichen Werbekosten-		beitrag, ... Der jährliche	
Werbekostenbeitrag darf € 4.000,00 nicht		übersteigen. ...	
		...	44
24.	Dienstleistungsvergütung		45
Partner erhält für die von ihm regelmäßig zu erbringenden Kontroll -und			46
Überwachungsleistungen insbesondere gem. Ziff. 8.6 und 10.5 sowie die Erfüllung der			
Aufbewahrungspflichten als auch die Übernahme der Verkehrssicherungspflichten für den			
Geschäftsbetrieb ein jährliches Entgelt in Höhe von € 18.000.00. ...			
<u>VI. Abrechnung</u>			47
...			48
<u>VII. Sonstiges</u>			49
29.	...		50
30.	Laufzeit/Kündigung		51
	30.1	Dieser Vertrag ... läuft auf unbestimmte Zeit.	52
		...	53
Ferner existiert eine Vereinbarung vom 10./14.12.2009, die sich u.a. über die Beendigung			54
des bestehenden Tankstellenvertrages, die Übernahme der Tankstelle „D Süd“ und über die			
Berechnung eines Ausgleichsanspruchs verhält. In Ziff. 5 und 6 heißt es wie folgt:			

5. C2 und Partner gehen davon aus, dass Partner wegen der Übernahme der neuen Tankstelle Provisionen nicht verliert und deshalb durch die Beendigung des Tankstellenvertrages gem. Ziff. 1 ein Anspruch gem. § 89 b HGB nicht besteht.	55
6. Endet der neue Tankstellenvertrag gem. Ziff. 2 jedoch vor Ablauf von fünf Jahren nach Übernahme der Tankstelle; wird die Bemessungsgrundlage des dann ggf. entstehenden Ausgleichsanspruchs gem. § 89 b HGB entsprechend der jeweils zurückgelegten Vertragslaufzeiten und Provisionen der jeweils letzten 12 Monate ermittelt (Beispiel: 2 Jahre Vertragslaufzeit alter Vertrag, 3 Jahre Vertragslaufzeit neuer Vertrag; Bemessungsgrundlage: 40 % der Provisionen der letzten 12 Monate des alten Vertrages plus 60 % der Provisionen der letzten 12 Monate des neuen Vertrages).	56
Unter dem 20.8.2010 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit dem Kläger ordentlich zum 28.2.2011, nachdem dieser die Anwendung jedenfalls eines Teils des „Accelerator-Programms“, einer von der Beklagten zur Optimierung der betriebswirtschaftlichen Ergebnisse vorgehaltenen Software, abgelehnt hatte. Die dem Kläger gezahlten Provisionen für das Kraft- und Schmierstoffgeschäft im letzten Vertragsjahr beliefen sich auf 72.111,00 €. Mit Schreiben vom 19.8.2011 forderte der Kläger die Beklagte zur Zahlung eines Gesamtbetrages von 706.640,18 €, darunter eines Handelsvertreterausgleichs in Höhe von rund 425.000 €, auf.	57
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde ihm Schadensersatz wegen unzutreffender Geschäftsplanung bezüglich des Betriebs der Tankstelle in C. Dieser Schadensersatz umfasse die bei ihm daraufhin eingetretene „Unterdeckung“ in Höhe von 64.476,00 € sowie die Zinsaufwendungen für ein Darlehen in Höhe von 15.719,22 €, das er im Januar 2009 zur Zwischenfinanzierung habe aufnehmen müssen. Der Kläger hat ferner einen Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 201.492,00 € geltend gemacht. Dazu hat er behauptet, es sei ihm zugesagt worden, dass er die Tankstelle mindestens fünf Jahre lang betreiben könne, um die „Unterdeckung“ aus dem Betrieb C abzutragen. Die Kündigung des Tankstellenvertrags über die Station D Süd sei deshalb um mindestens 46 Monate zu früh erfolgt, wodurch ihm monatliche Gewinne von 4.842,00 € entgangen seien, die sich - nach Abzinsung - auf 201.492,00 € summierten. Der Kläger hat ferner eine Ausgleichsforderung in Höhe von 154.761,88 € abzüglich eines unstreitigen Gegenanspruchs der Beklagten in Höhe von 16.338,31 €, also von 138.423,57 €, gestellt. Dazu hat er gemeint, auch die „Dienstleistungsvergütung“ gem. Ziff. 24 des Tankstellenvertrages von jährlich 18.000,00 € sei in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen, da es sich der Sache nach um eine „Kraftstoffprovision“ handele. Außerdem seien die „Waschprovisionen“ zu berücksichtigen, die sich im letzten Vertragsjahr nach Zahlung der „Umsatzpacht“ auf 39.941,00 € belaufen hätten. Die „Überleitungsregelungen“ in der Vereinbarung vom 10./14.12.2009 seien unwirksam, da sie § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB widersprächen und gegen § 307 BGB verstießen. Der Kläger hat des Weiteren die Auffassung vertreten, ihm stünden aus dem Betrieb des „C2-Shops“ Ausgleichsansprüche in Höhe von weiteren 286.529,39 € zu. Es handele sich nicht um ein „Eigengeschäft“; die im Tankstellenvertrag (Ziff. III. 12.5) erwähnte Freiheit des Pächters in der Auswahl der Lieferanten stehe nur auf dem Papier.	58
Der Kläger hat beantragt,	59
die Beklagte zu verurteilen, an ihn	60
1. € 706.640,18 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.9.2011 sowie	61

2. außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von € 2.444,90 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit 62

zu zahlen. 63

Die Beklagte hat beantragt, 64

die Klage abzuweisen. 65

Sie hat die Auffassung vertreten, das Schadensersatzbegehren des Klägers sei unschlüssig, 66
weil es schon hinlängliche Ausführungen zu einer konkreten Fehlplanung vermissen lasse.
Außerdem verfolge der Kläger in der Sache ein Erfüllungsinteresse, für das keine
Anspruchsgrundlage ersichtlich sei. Neben der Rückführung der Unterdeckung könne er im
Übrigen nicht auch noch entgangenen Gewinn verlangen. Auch dieser Anspruch sei im
Übrigen unschlüssig, weil dem Kläger nicht zugesagt worden sei, er könne die Tankstelle „D
Süd“ mindestens fünf Jahre lang führen. Die Kündigung sei schließlich erfolgt, weil sich der
Kläger entgegen einer zuvor signalisierten Zustimmung geweigert habe, das
„Acceleratorprogramm“ zu implementieren. Was den Ausgleichsanspruch des Klägers
angehe, so stehe ihm nur ein solcher in Höhe von 48.014,86 € zu, von dem noch die
unstreitige Gegenforderung abzusetzen sei. Die maßgebliche letzte Jahresprovision sei
entsprechend der wirksamen Überleitungsvereinbarung (Ziff. 6) mit lediglich 40.122,18 €
anzusetzen, wobei sich dieser Betrag ergebe, wenn die jeweilige Stammkunden-
Jahresprovision mit dem betreffenden Zeitanteil multipliziert und dann die Summe gebildet
werde (also Stammkundenjahresprovision D Süd: 72.111 € x 14/60; Stammkunden-
Jahresprovision C: 30.386,45 € x 44/60). Diese Regelung wirke sich zugunsten des Pächters
aus, wenn er wegen Zeitablaufs (§ 89 b Abs. 4 S. 2 HGB) ohnehin keinen
Ausgleichsanspruch aus dem früheren Vertragsverhältnis mehr geltend machen könne und
bezüglich des zuletzt beendeten Vertragsverhältnisses einen Ausgleich nur bezüglich der von
ihm selbst geworbenen, nicht aber der übernommenen Stammkundenumsätze geltend
machen könne. Die Dienstleistungspauschale sei nicht in die Bemessungsgrundlage für den
Ausgleichsanspruch einzubeziehen. Das Waschgeschäft sei nicht ausgleichspflichtig, weil es
gem. Ziff. 17 des Tankstellenvertrages als Eigengeschäft betrieben werde. Das gelte auch für
das „Shop-Geschäft“. Hier sei der Pächter in der Auswahl seiner Lieferanten frei und werde
nicht in die Absatzorganisation der Gesellschaft eingegliedert.

Nachdem die Beklagte den vom Kläger behaupteten Stammkundenanteil am Kraftstoffumsatz 67
in der Station D Süd von 68,62 % unstreitig gestellt hat, hat das Landgericht der Klage in
Höhe von 31.676,55 € unter Abweisung im Übrigen stattgegeben. Es hat ausgeführt, der
Kläger habe die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch infolge der
behaupteten Unterdeckung in Höhe von 64.476,00 € sowie wegen der Zinsaufwendungen in
Höhe von 15.719,22 € nicht dargelegt. Der Kläger könne auch nicht entgangenen Gewinn
wegen der Kündigung des Tankstellenvertrags zum 28.2.2011 verlangen, weil er seinen
Vortrag zu einer angeblich verbindlichen Zusage einer Mindest-Vertragslaufzeit nicht
substantiiert habe. Es stehe ihm ein Handelsvertreterausgleich in Höhe von 48.014,86 €
abzüglich der unstreitigen Gegenforderung der Beklagten von 16.338,31 €, mithin in Höhe
von 31.676,55 € (brutto) zu. Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs sei die
„Dienstleistungspauschale“ nicht zu berücksichtigen. Doch sei der Ausgleichsanspruch auf
der Grundlage der Überleitungsvereinbarung (Ziff. 6) zu berechnen, die sich für den Kläger
vorteilhaft auswirke. Aus dem Waschgeschäft ergebe sich indes kein Ausgleichsanspruch,
denn der Kläger habe die Waschanlage im eigenen Namen und auf eigene Rechnung
betrieben. Auch das sog. Shop-Geschäft sei nicht ausgleichspflichtig, weil der Kläger nicht
wie ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation der Beklagten eingebunden gewesen sei.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf das Urteil Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge, soweit ihnen nicht stattgegeben worden ist, in vollem Umfang weiter. 68

Die Auffassung des Landgerichts, sein Vortrag zur fehlerhaften Planung der Beklagten sei nicht hinlänglich substantiiert, sei unzutreffend. Er habe u.a. vorgetragen und durch Zeugnis des Steuerberaters K unter Beweis gestellt, dass die Beklagte ihm und seiner Ehefrau aufgrund ihrer Planung einen Jahresgewinn in Höhe von 110.000,00 € in Bezug auf die drei Tankstellen D Nord, Süd und C zugesagt habe. Die Kammer habe die Beweisangebote übergangen. In Bezug auf den beendeten Vertrag über die Station C habe die Beklagte keine korrekten Zahlen zur Verfügung gestellt. Ihr sei die bevorstehende Eröffnung einer M-Tankstelle in unmittelbarer Nähe des Pachtobjekts bereits seit längerem bekannt gewesen. Auch insoweit seien Beweisangebote übergangen worden. 69

Ihm stehe auch der Anspruch wegen entgangenen Gewinns aus der vorzeitigen Beendigung des Tankstellenvertrags „D Süd“ zu. Dass ihm die Führung dieses Objekts über (mindestens) fünf Jahre zugesagt worden sei, habe er ebenfalls unter Beweis gestellt. Die Kammer werte seinen Sachvortrag zu Unrecht als unsubstantiiert. Die Beklagte habe ihn nur pauschal in Abrede gestellt, so dass die Angabe weiterer Details nicht erforderlich gewesen sei. 70

Bezüglich des Handelsvertreterausgleichsanspruchs meint er, die Kammer habe das Wasch-Geschäft zu Unrecht als Eigengeschäft qualifiziert. Dass die Beklagte überhaupt Vorgaben zur „Waschchemie“ mache, sei ein Indiz für die Eingliederung des Betreibers in die Organisationsstruktur der Beklagten. Zu bedenken sei auch, dass die Beklagte über ihre „Payback-Karten“ ein Kundenbindungsprogramm betreibe, das das Wasch-Geschäft durch die Möglichkeit der vergünstigten Pkw-Wäsche bei Ansammlung einer bestimmten Punktezahl (sog. Payback-Wäsche) in das Kraftstoffgeschäft einbinde. 71

Die „Dienstleistungsvergütung“ stelle ebenfalls einen ausgleichspflichtigen Provisionsanteil dar. Sollte Ziff. 24 des Tankstellenvertrages nicht als Regelung eines Provisionsanteils zu verstehen sein, dann verstoße sie gegen § 307 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 BGB und sei deshalb unwirksam. Sie sei auch mit § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB nicht zu vereinbaren. Es sei jedenfalls nicht gerechtfertigt, dass die Kammer diese Pauschale bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht heranziehe und sodann noch einen Abzug wegen der Verwaltungskosten vornehme. 72

Ferner sei die Ziff. 6 der Überleitungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB unwirksam. Denn bei einem Wechsel des Pächters zu einer umsatzstärkeren Tankstelle führe sie zu einer Schlechterstellung, weil die geringeren Umsätze aus dem früheren Pachtverhältnis mit herangezogen würden. Die Regelung verstoße ferner sowohl gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) als auch gegen die Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB). Auszugehen sei mithin allein vom Stammkunden-Jahresumsatz in der Station D Süd. Für einen „Abzug für Altkunden“, wie ihn die Beklagte reklamiere, bestehe indes keine Veranlassung, und zwar schon deshalb nicht, weil die Beklagte ihm den Betrieb der Tankstelle für mindestens fünf Jahre zugesagt habe. Die durchschnittliche Jahresprovision aus der „Station C“ in Höhe von 30.386,45 € sei jedenfalls „hinzuzusetzen“. 73

Das Landgericht habe auch verkannt, dass ihm aufgrund seiner Eingliederung in das Vertriebssystem der Beklagten ein „Quasiausgleichsanspruch“ aus dem Shop-Geschäft zustehe. Seine Beweisangebote seien übergangen worden. Für den Fall von Bestellungen 74

bei anderen als den empfohlenen Lieferanten habe sämtlichen Pächtern der Beklagten die Kündigung gedroht; sie sei auch ihm selbst angedroht worden.

Der Kläger beantragt, 75

unter Abänderung des am 19.9.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum Az. I-13 O 265/11 die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 674.963,63 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.9.2011 sowie weitere ausstehende außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.347,10 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 76

Die Beklagte beantragt, 77

die Berufung zurückzuweisen. 78

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. 79

Die Klageabweisung im Hinblick auf Schadensersatzansprüche wegen angeblich fehlerhafter Geschäftsplanung sei zu Recht erfolgt. Der Kläger habe es am Vortrag konkreter Planungen zu einzelnen Tankstellen fehlen lassen. Sie habe auch darauf hingewiesen, spätestens ab 2006 gemeinsam mit dem Kläger das Geschäft in C geplant zu haben, der jedenfalls von diesem Zeitpunkt an seinerseits von der Eröffnung der benachbarten M-Station gewusst habe. Der Kläger habe im Übrigen eine betriebswirtschaftliche Unterdeckung mit Verlusten verwechselt und verlange - zu Unrecht - das positive Interesse. 80

Der Vortrag des Klägers zum angeblichen Schadensersatzanspruch wegen der Vertragsbeendigung betreffend die Tankstelle „D Süd“ sei und bleibe unzulänglich, namentlich zu den Fragen, wer ihm wann eine Mindestvertragsdauer zugesagt habe. Zu den Umständen des Vertragsschlusses habe sich der Kläger, nachdem sie dessen Behauptungen dezidiert bestritten habe, nicht mehr geäußert. 81

Sie bekräftigt ihre Auffassung, wonach dem Kläger für das Wasch-Geschäft kein Ausgleichsanspruch zustehe, weil die Empfehlungen für die einzusetzenden Reinigungsmittel nicht dazu führten, dass es nunmehr einem Agenturgeschäft gleichstehe. Die Kammer habe auch das Shop-Geschäft zutreffend als Eigengeschäft qualifiziert. Ein etwa bestehender „Kündigungsdruck“ sei kein Grund, es dem Agenturbereich zuzuordnen. Dass ein solcher Druck auf den Kläger ausgeübt worden sei, habe er selbst noch nicht einmal konkret behauptet. Der Vortrag des Klägers sei auch zur Höhe eines Ausgleichsanspruchs aus dem Shop-Geschäfts unschlüssig, weil er unzutreffend die Margen fiktiven Provisionen gleichsetze. 82

Zu Recht habe das Landgericht auch die „Dienstleistungspauschale“ unberücksichtigt gelassen. Ziff. 24 des Tankstellenvertrages regle genau, welche zusätzlichen Leistungen damit abgegolten würden. Diese Leistungen hätte sie auch durch Dritte erbringen lassen können, was ebenfalls dafür spreche, dass es sich nicht um eine provisionsartige Leistung an den jeweiligen Pächter handele. Die Pauschale werde auch völlig unabhängig vom Kraftstoffabsatz gezahlt. Wäre es ihr um eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs gegangen, hätten ihr andere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden. Dass die Pauschale im Rahmen des § 89 b HGB keine Provision darstelle, ergebe sich auch aus Art. 6 Abs. 2 der Handelsvertreterrichtlinie (RL 86/653 EWG). Ferner sei die Überleitungsvereinbarung wirksam; sie führe auch beim Wechsel auf eine bereits eingeführte, umsatzstärkere Tankstelle nur zu einer Besserstellung des Pächters, weil er sich den Ausgleichsanspruch in 83

Gestalt eines selbst erworbenen Stammkundenanteils (bei der neuen Tankstelle) stets erst erarbeiten müsse, weshalb dieser im Anfang nur mit einem den prognostizierten Provisionsverlusten spiegelbildlichen Anteil berücksichtigt werden könne.

Der Kläger erwidert, der Vorwurf, er setze die Margen im Shop-Geschäft mit fiktiven Provisionen gleich, gehe fehl. Es seien „keinerlei Abschläge auf der Kostenseite“ veranlasst. Denn die Einnahmen aus dem Kraftstoffgeschäft seien defizitär (107.086 € in 2010), so dass es durch die Einnahmen aus dem Shop-Geschäft „subventioniert“ werden müsse. Damit liege eine enge Verknüpfung zwischen dem Kraftstoffgeschäft einerseits und dem Shop- sowie dem Wasch-Geschäft andererseits vor. Der Jahresgewinn betrage - unter Einschluss der Dienstleistungspauschale - lediglich 0,74 % des Gesamtumsatzes. Es könnten also keine Abzüge von den Margen im Shopgeschäft vorgenommen werden. Daraus ergebe sich auch, dass Shop- und Wasch-Geschäft nicht als vom Kraftstoff(-agentur-)geschäft isoliertes Eigengeschäft gesehen werden könnten. 84

Mit Schriftsatz vom 31.5.2013 behauptet der Kläger ferner, er habe erstmals nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz von dem seitens der Beklagten intern genutzten „Tool“ namens „Performance Monitoring“ erfahren, aus dem sich ergebe, dass sie auch die Preise im Shop-Bereich vollständig vorgebe. Dieses „Tool“ unterscheide nicht zwischen dem Kraftstoff-, dem Shop- und dem Waschgeschäft. In allen drei Bereichen erfolgten Planung und Vorgaben ausschließlich durch die Beklagte, die auch - wie unstreitig ist - über Offenlegungsermächtigungen ihrer Pächter verfüge, aufgrund derer sie auf alle Daten aus den drei Geschäftsbereichen zugreifen könne. Die Beklagte erstelle auf dieser Grundlage eine Geschäftsplanung, die dem einzelnen Pächter praktisch keinen Handlungsspielraum, etwa bezüglich der Verkaufspreise im Shop, belasse. Die Einkaufspreise bestimme ohnehin die Beklagte. 85

Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 31.5.2013 mit näheren Ausführungen entgegengetreten und hat insbesondere bestritten, dass über „Performance Monitoring“ Vorgaben an die Pächter bezüglich der Preise im Shop-Bereich und hinsichtlich der Umsatzziele erfolgt seien. 86

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen. Die Parteien haben sich ferner in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußert, wozu auf den Berichterstatte-Vermerk vom 17.6.2013 verwiesen wird. 87

B. 88

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache nur geringfügig Erfolg. 89

I. 90

Dem Kläger steht kein Schadensersatzanspruch wegen „unzureichender Geschäftsplanung“ in Höhe von 64.476,00 € sowie im Umfang der geltend gemachten Zinsbelastung (15.719,22 €) aus einem zur Beseitigung der Liquiditätslücke aufgenommenen Darlehen zu. 91

1. 92

Es ist nicht erkennbar, woraus der Kläger einen Anspruch herleiten kann, die von ihm ermittelte „Unterdeckung“ aus dem Betrieb der Tankstelle C von der Beklagten bezahlt zu erhalten. Der Kläger könnte einen entsprechenden Ausgleich als zugesagte Gegenleistung 93

(Erfüllung) oder als Schadensersatz (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB) nur verlangen, wenn ihm die Beklagte versprochen hätte, dass sie entweder eine bei ihm etwa eintretende „Unterdeckung“ ausgleiche oder dass eine solche „Unterdeckung“ erst gar nicht eintreten werde. Dass der betreffende Vertrag über die Station C entsprechende Verpflichtungen der Beklagten enthielt, macht der Kläger indes selbst nicht geltend. Zwar ist unstreitig, dass die Beklagte auch während des Vertragsverhältnisses „C“ umfangreiche wirtschaftliche Berechnungen bzw. Planungsrechnungen in Bezug auf den Kläger ausführte. Damit war aber keine „Garantieübernahme“ dahingehend verbunden, dass die jeweiligen Zahlen auch erreicht werden, oder im Fall der Verfehlung der Ziele gar eine Einstandspflicht der Beklagten verknüpft. Erst recht war und ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte den Kläger von den Folgen etwaiger selbst veranlasster Überentnahmen, namentlich einer Überschuldung, freizustellen hatte.

Der Kläger hat jedoch auch nicht vorgetragen, wann von welchem Mitarbeiter der Beklagten ihm gegenüber etwaige Zusagen in Ergänzung des schriftlichen Vertrages erfolgt seien. Die vom Kläger vorgelegten Protokollauszüge (Anl. K2 zur Klageschrift) erweisen sich inhaltlich als unergiebig, wie bereits das Landgericht festgestellt hat. Die Vernehmung des als Zeugen benannten Steuerberaters K kommt deshalb nicht in Betracht, weil sie auf eine unzulässige Ausforschung hinausliefe. Eine Zusage, wie sie der Kläger behauptet, ergibt sich auch nicht aus der Anl. K13 (zum Schriftsatz vom 19.6.2012), die der Kläger als vom Landgericht nicht berücksichtigt ansieht. 94

2. 95

Der Kläger kann auch nicht Schadensersatz wegen der mit der Aufnahme eines Darlehens verbundenen Zinsbelastung verlangen. Dem steht wiederum entgegen, dass die Beklagte nicht die Gewähr für seinen wirtschaftlichen Erfolg übernommen hat. 96

II. 97

Die Berufung des Klägers hat auch keinen Erfolg, soweit er einen Anspruch auf entgangenen Gewinn wegen angeblich vorzeitiger Kündigung des Tankstellenvertrages gegen die Beklagte verfolgt. Voraussetzung für einen derartigen Schadensersatzanspruch wäre, dass die Beklagte mit der Kündigung vom 20.8.2010 gegen ihre Pflichten aus dem Tankstellenvertrag verstoßen hätte (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB). 98

1. 99

Ein solcher Vertragsverstoß läge vor, wenn die Parteien in Ergänzung bzw. Abänderung des schriftlichen Vertrages eine (Mindest-)Laufzeit von fünf Jahren vereinbart hätten, indem die Beklagte eine entsprechende, vom Kläger akzeptierte Zusage erteilt hätte. Der Kläger hat jedoch eine solche ihm gegenüber erfolgte Zusage der Beklagten des Inhalts, er könne die Tankstelle „D Süd“ zumindest fünf Jahre lang führen, nicht substantiiert vorgetragen, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, er habe nur Tatsachen vorzutragen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich seien, das geltend gemachte Recht als in seiner Person entstanden erscheinen zu lassen (so etwa BGH; Urt. vom 17.11.2010, Az. VIII ZR 322/09, NJW 2011, S. 1143). Seine Darlegungslast ist gesteigert, weil unstreitig eine umfangreiche schriftliche Regelung in Gestalt des Tankstellenvertrages über die Station D Süd existiert, die die tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit in sich trägt, und weil die Beklagte die Behauptung des Beklagten bezüglich der Erteilung mündlicher Zusagen bestritten hat. Werden in einer solchen Situation abändernde Vereinbarungen behauptet, ist ihnen nur dann 100

nachzugehen, wenn die tatsächlichen Umstände der angeblichen Abrede nach Datum, Ort und der Person des auf Seiten des Vertragspartners agierenden Mitarbeiters benannt werden. Der Kläger hat solche Angaben nicht machen können.

Dass die Beklagte ihm mit der Übernahme der umsatzstärkeren Tankstelle „D Süd“ unstreitig auch die Chance eröffnen wollte, seine finanziellen Verhältnisse innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren zu sanieren, lässt noch nicht auf die behauptete Zusage einer Mindestvertragslaufzeit schließen, sondern betrifft nur die Motivationsebene der Parteien. Die Darlegungslast des Beklagten in Bezug auf die angebliche Zusage wird dadurch ebenfalls nicht gemindert. Entsprechendes gilt für die Hingabe eines Darlehens der Beklagten an den Kläger, zu dessen Vereinbarung er im Übrigen selbst nicht näher vorgetragen hat. 101

2. 102

Ist eine (Mindest-)Vertragslaufzeit, wie sie der Kläger behauptet, nicht vereinbart worden, dann stand der Beklagten offen, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung nach Ziff. 30.2 des Tankstellenvertrages wahrzunehmen. Dass sie sich damit rechtsmissbräuchlich verhielt, ist nicht feststellbar. Auch wenn für die Beklagte erkennbar ein Interesse des Klägers daran bestand, das Vertragsverhältnis über einen mehrjährigen Zeitraum fortzusetzen, um seine privaten Finanzen durch die dort erzielbaren höheren Gewinne in Ordnung zu bringen, durfte sie eigene wirtschaftliche Interessen, die hier darin bestanden, das Accelerator-Programm vollständig zur Anwendung zu bringen, berücksichtigen und zu diesem Zweck auch von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen. 103

III. 104

Dem Kläger steht lediglich ein um 21.450,91 € (brutto) höherer als der vom Landgericht zuerkannte Ausgleichsanspruch zu. 105

Das Landgericht hat einen Ausgleichsanspruch gem. § 89 b Abs. 1 HGB in Höhe von 48.014,86 € (brutto) für das Agenturgeschäft errechnet. Davon hat es eine unstreitige Gegenforderung der Beklagten in Höhe von 16.338,31 € (brutto) abgesetzt. Diese Ermittlung des Ausgleichsanspruchs lässt im Ergebnis lediglich im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung der „Dienstleistungspauschale“ einen Nachteil zu Lasten des Klägers erkennen. 106

1. 107

Der Kläger hat den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen als Handelsvertreter der Beklagten vorgenommen und ist daher gem. § 89 b Abs. 1 HGB ausgleichsberechtigt. Für die Berechnung dieses Ausgleichsanspruchs ist im Ausgangspunkt die im letzten Vertragsjahr mit den vom Handelsvertreter geworbenen bzw. „intensivierten“ Stammkunden erzielte Provision maßgebend. Diesem Ansatz liegt die auch noch nach der Neufassung des § 89 b HGB zulässige Schätzung zugrunde, dass die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile, um deren Ausgleich es geht, den Provisionsverlusten seines Handelsvertreters entsprechen (ständige Rechtsprechung des BGH zu § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB a.F. und zu § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB in der seit dem 5.8.2009 geltenden Fassung, z.B. Urt. vom 19.1.2011, Az. VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, S. 1263). Dass diese Schätzung zu einer unberechtigten Verkürzung des Ausgleichsanspruchs führen kann, wenn und soweit die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile betragsmäßig über die Provisionsverluste des Handelsvertreters hinausgehen, gewinnt im vorliegenden Fall keine Bedeutung, weil sich auch der Kläger nicht auf einen solchen Sachverhalt beruft. 108

2.	109
Die Auffassung des Klägers, wonach sich die Bemessungsgrundlage seines Ausgleichsanspruchs nicht nach Ziff. 6 der „Vereinbarung“ vom 10./14.12.2009 (im Folgenden: Überleitungsregelung) richte, weil diese § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB nicht standhalte und daher unwirksam sei, ist zutreffend. Dabei geht der Senat davon aus, dass auch bei einer wertenden Betrachtung nicht nur ein Handelsvertretervertrag vorliegt, sondern zwei selbstständige Verträge hintereinander abgeschlossen worden sind.	110
a)	111
Die Überleitungsregelung stellt sich demnach im Hinblick auf das <i>alte</i> Pachtverhältnis als Ausschluss des Ausgleichsanspruchs dar. Dieser ist - jedenfalls bei isolierter Betrachtung - gem. § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB zulässig, weil er nicht „im Voraus“, sondern im Zusammenhang mit der Beendigung dieses Vertragsverhältnisses getroffen wurde.	112
b)	113
Die Überleitungsregelung erweist sich indes im Hinblick auf den <i>neuen</i> Tankstellenvertrag als unzulässig, weil sie sich als im Voraus verabredete Einschränkung des Ausgleichsanspruchs darstellt. Ob sich diese Regelung im konkreten Fall für den Kläger als nachteilig erweist, ist irrelevant (z.B. BGH NJW 1996, S. 2867).	114
aa)	115
Gem. § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB kann ein Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nicht im Voraus ausgeschlossen werden. Unwirksam ist nicht nur der Totalausschluss, sondern auch die „Abrede, durch die der Anspruch im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird“. Zulässig sind hingegen Abreden, welche Umstände im Rahmen der Billigkeitsprüfung (nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB), auch anspruchsmindernd, maßgeblich sein sollen (Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 89 b Rn. 70 unter Hinweis auf BGHZ 153, 12f. - VIII ZR 146/01).	116
Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich, dass als Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters grundsätzlich diejenigen Provisionen heranzuziehen sind, die er im Laufe der letzten zwölf Monate seiner Tätigkeit vor Beendigung des Vertragsverhältnisses verdient hat. Lediglich dann, wenn das letzte Vertragsjahr einen atypischen Verlauf genommen hat, kann ein Durchschnittswert unter Heranziehung eines anderen Zeitraums gebildet werden (z.B. BGH, Urf. vom 28.4.1999 - VIII ZR 354/97 - NJW 1999, S. 2668).	117
bb)	118
Es liegt nahe, dass die Überleitungsregelung (Ziff. 6) bereits dem vom Bundesgerichtshof a.a.O. aufgestellten „Grundsatz“ der Maßgeblichkeit „der letzten zwölf Monate“ widerspricht, weil ein Fall, in dem „das letzte Vertragsjahr einen atypischen Verlauf genommen“ hat, so dass ein Durchschnittswert unter Heranziehung eines längeren Zeitraums zu bilden ist, hier nicht feststellbar ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Betrachtung der „Typik“ des Verlaufs nur innerhalb ein und desselben Handelsvertreterverhältnisses anzustellen ist. Ob Gesichtspunkte existieren, die einem Verständnis des Urteils des Bundesgerichtshofs in diesem Sinne entgegenstehen, bedarf jedoch keiner Beantwortung.	119
cc)	120
	121

Denn ein zur Unwirksamkeit führender Verstoß gegen § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB ergibt sich jedenfalls daraus, dass eine Benachteiligung gegenüber den für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs maßgeblichen Grundsätzen zumindest in bestimmten Konstellationen eintreten kann, nämlich dann, wenn bereits im ersten Jahr des neuen Pachtvertrags die auf die neu geworbenen bzw. intensivierten Stammkunden entfallenden Provisionen höher sind als die im letzten Jahr des Altvertrags auf die dortigen Stammkunden entfallenden Provisionen. Denn in diesem Fall führt die zeitanteilig gewichtete Heranziehung der Provisionen aus dem alten Pachtverhältnis zu einer unzulässigen Einschränkung des Ausgleichsanspruchs. Der Kläger wäre also z.B. schlechter gestellt, wenn - bezogen auf das letzte Vertragsjahr - 20 % (bzw. 23,3 %, wenn eine Vertragsdauer von 14 Monaten im Zeitpunkt der Beendigung zugrunde gelegt wird) die mit dem Stammkundengeschäft verdienten Provisionen im Tankstellenvertrag „D Süd“ die zuletzt in C im Stammkundengeschäft verdienten vollen Provisionen überstiegen hätten. Dass es ausweislich der von der Beklagten vorgelegten und seitens des Klägers nicht bestrittenen Zahlen (Bl. 248: Jahresprovision D gesamt: 72.111,00 € - Jahresprovision C: 30.386,45 €) dazu nicht gekommen ist, ändert an dem Verstoß der Regelung gegen § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB nichts. Denn es hindert – wie ausgeführt - die Unwirksamkeit nicht, dass der Kläger im konkreten Fall durch die Anwendung von Ziff. 6 der Übergangsregelung begünstigt und nicht benachteiligt wird.

c) 122

Gleichwohl kann der Kläger im Rahmen seiner Berufung aus der Unwirksamkeit dieser Regelung keine höhere Ausgleichsforderung ableiten. 123

aa) 124

Zwar ist seiner Auffassung zu folgen, wonach es der Beklagten angesichts der Unwirksamkeit der Regelung in Ziff. 6 der Überleitungsregelung verwehrt ist, sich darauf zu berufen, ein Ausgleichsanspruch bezüglich des „alten“ Tankstellenvertrages über die Station C könne nicht mehr erfolgen, weil insoweit die Ausschlussfrist (§ 89 b Abs. 4 S. 2 HGB) abgelaufen sei. Denn die Berufung auf diese Frist verstößt im vorliegenden Fall gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das ergibt sich daraus, dass der Kläger aufgrund der aus der Feder der Beklagten stammenden Überleitungsregelung davon abgehalten worden ist, innerhalb der Frist des § 89 Abs. b 4 S. 2 HGB Ausgleichsansprüche in Bezug auf den auslaufenden Tankstellenvertrag „C“ geltend zu machen. Ferner hat die Beklagte mit Ziff. 5 dieser Überleitungsregelung den rechtlich unzutreffenden Eindruck erweckt, ein Ausgleichsanspruch entstehe gar nicht erst, weil der Pächter infolge des „Vertragswechsels“ keine Provisionen „verliere“.

bb) 126

Der Kläger hat jedoch einen Ausgleichsanspruch in Bezug auf den Vertrag über die Station in C im vorliegenden Verfahren - neben dem ebenfalls existierenden Ausgleichsanspruch aus dem Vertrag über die Station D Süd - nicht geltend gemacht. Er hat seinen Ausgleichsanspruch stattdessen allein auf den Vertrag über die Station „D Süd“ gestützt, wobei er zu Unrecht davon ausgegangen ist, die Beklagte müsse sich so behandeln lassen, als habe dieser Vertrag zumindest fünf Jahre bestanden. Für den Kläger war auch bereits in erster Instanz absehbar, dass diese Argumentation allenfalls dann Erfolg haben würde, wenn ihm der Nachweis der behaupteten Zusage einer solchen (Mindest?)Vertragslaufzeit gelänge.

Er hat jedoch auch die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil nicht zum Anlass genommen, nunmehr einen Ausgleichsanspruch aus dem Vertrag betreffend die Station C geltend zu machen. Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründung im Zusammenhang mit den Ausführungen zu seiner Schlechterstellung infolge der Überleitungsregelung bemerkt, es „wäre dann zumindest der volle HGB-Ausgleich aus der Station C anhand der durchschnittlichen Jahresprovision ... hinzuzusetzen“ (Bl. 354f. d.A.), geht daraus nicht eindeutig hervor, dass und inwieweit der Kläger nunmehr seine Ausgleichsforderung auch auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses „C“ stützen will. Abgesehen davon stellt der Ausgleichsanspruch aus dem Vertrag über die Station in C einen gesonderten Streitgegenstand dar, den der Kläger nur im Wege der Klageänderung in den Rechtsstreit einführen könnte. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO lägen dafür jedoch nicht vor, schon weil ein diesbezüglicher Ausgleichsanspruch nur auf Tatsachen (insbesondere die spezifischen Stammkundenumsatzquoten) gestützt werden könnte, die bislang nicht Gegenstand des Rechtsstreits sind.

d) 129

Geht es im vorliegenden Verfahren mithin allein um den Ausgleichsanspruch betreffend den Tankstellenvertrag „D Süd“, so kann der Kläger insoweit aus dem Agenturgeschäft, dessen Provisionsumfang im letzten Geschäftsjahr (März 2010 bis Februar 2011) insgesamt unstreitig 72.111,00 € betrug, lediglich den Anteil verlangen, der auf die von ihm geworbenen (bzw. „intensivierten“) Stammkunden entfällt. Der Beklagten ist darin zu folgen, dass dem Kläger, der die Tankstelle „D Süd“ mit einem vorhandenen Stammkundenumsatzanteil übernommen hat, bezüglich der darauf entfallenden Umsätze kein Ausgleichsanspruch gebührt. Das ergibt sich bereits aus § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. Urt. vom 28.4.1999, Az. VIII ZR 354/97; Az. VIII ZR 149/09, Urt. vom 19.1.2011 unter Tz. 11). Das Gesetz verweist auf neue Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat. Zu berücksichtigen sind deshalb nur die neu geworbenen Stammkunden. 130

Der Beklagten ist es auch nicht versagt, sich bezüglich der Ermittlung eines Ausgleichsanspruchs für die Station D Süd dem Kläger gegenüber auf diesen Grundsatz zu berufen, auch wenn sie ihn durch die Übergangsregelung - bislang - von der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs für das „alte“ Vertragsverhältnis abgehalten und ihn auf einen an § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB scheiternden Berechnungsmodus verwiesen hat. 131

Der Anteil der vom Kläger geworbenen Stammkunden ist bei einem Prognosezeitraum von 4 Jahren, den der Kläger auch seinerseits für die Bemessung der Gesamt-Provisionsverluste anlegt, und einer Vertragsdauer von rund 14 Monaten auf 23,3 % zu bemessen. 132
Ausgleichspflichtig wären danach lediglich Provisionen im Umfang von 16.801,86 €. Auch unter Berücksichtigung der noch in anderem Zusammenhang zu betrachtenden „Dienstleistungspauschale“ von 18.000,00 Euro ergäbe sich damit eine Bemessungsgrundlage, die hinter dem von der Beklagten - unter Anwendung der gem. § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB unwirksamen Überleitungsregelung - mit 40.122,18 € ermittelten Betrag zurückbliebe.

3. 133

Die Beklagte muss sich für die weitere Betrachtung des Ausgleichsanspruchs aus dem Vertrag „D Süd“ dem Kläger gegenüber indes so behandeln lassen, als sei die Übergangsregelung wirksam. Denn der Handelsvertreter kann eine ihm unter Verstoß gegen § 89 b Abs. 4 S. 1 zugesagte Ausgleichsforderung als Mindestforderung geltend machen, ohne seinen höheren gesetzlichen Ausgleichsanspruch zu verlieren 134

(Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Löwisch, HGB, 2. Aufl., § 89 b Rn. 141; Staub/Emde, HGB, 5. Aufl., § 89 b Rn. 252). Ob dem Kläger auch aus dem „alten“ Vertragsverhältnis über die Station C noch ein Ausgleichsanspruch zusteht und in welcher Höhe ein solcher, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des im vorliegenden Verfahren zuzusprechenden Ausgleichs im Rahmen des Billigkeitsgrundsatzes besteht, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben.

Indes kann der Kläger verlangen, dass die *weitere* Berechnung des Ausgleichsanspruchs, mag dieser auch auf einer unzutreffenden Bemessungsgrundlage beruhen (s.o.), den gesetzlichen und den von der Rechtsprechung geprägten Grundsätzen entspricht. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob die Beklagte die „Dienstleistungspauschale“ in Höhe von 18.000,00 € bei der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs unberücksichtigt lassen durfte. Dem Kläger ist darin zu folgen, dass eine Berücksichtigung stattfinden muss. 135

a) 136

Die Beklagte kann sich für ihre Auffassung, die „Dienstleistungspauschale“ sei keine Provision, nicht auf Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG berufen, wonach als Provision im Sinne der Richtlinie nur der Teil der Vergütung anzusehen sei, der „je nach Zahl oder Wert der Geschäfte schwankt“. Denn im vorliegenden Rechtsstreit geht es um den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, der in der Richtlinie besonders geregelt ist (Art. 17 Abs. 2). Dort ist - entsprechend der Formulierung in § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB - festgelegt, dass der Ausgleich „unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter ... entgehenden Provisionen, der Billigkeit“ entsprechen muss. Damit ist klargestellt, dass es nicht allein auf die Provisionen ankommt. Die Beklagte kann also nicht die Richtlinie heranziehen, um zu begründen, dass für den Ausgleichsanspruch des Klägers ausschließlich Provisionen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie maßgeblich sind. 137

b) 138

Ob die Auffassung des Klägers zutrifft, wonach die Beklagte in der Sache eine willkürliche „Ausgliederung“ eines Teils der Provisionsansprüche im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Ziff. 24 des Tankstellenvertrages) vorgenommen habe, die sowohl gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als auch gegen § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB verstoße, kommt es nicht an. 139

Entscheidend ist, dass bei der Ermittlung der dem Handelsvertreter infolge der Vertragsbeendigung entstehenden Verluste - die wiederum nach zulässiger Schätzung zumindest den auszugleichenden Vorteilen des Unternehmers entsprechen (s.o.) - nicht nur Provisionen, sondern auch Festvergütungen zu berücksichtigen sind, soweit sie als Entgelt für Geschäfte mit den vom Handelsvertreter geworbenen Kunden anzusehen sind (BGH, Urt. vom 15.2.1965, Az. VII ZR 194/63, NJW 1965, S. 1134; Küster/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 8. Aufl., Kap. VIII Rn. 126; Staub/Emde, a.a.O., Rn. 134; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Löwisch, a.a.O., Rn. 92). Das ist bei der „Dienstleistungspauschale“, soweit sie auf die vom Kläger in Bezug auf die Agenturwaren geworbenen Stammkunden entfällt, anzunehmen. Denn die Pauschale wird im Wesentlichen für die Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflichten gezahlt, die durch die Eröffnung des Tankstellenbetriebs, also den Umgang mit feuer- und umweltgefährdenden Stoffen, entstehen. Sie ist insofern untrennbar mit dem „Agenturgeschäft“ verbunden. 140

c) 141

142

Die „Dienstleistungspauschale“ ist auch nicht um solche Anteile zu kürzen, die auf das Wasch- oder Shop-Geschäft entfallen. Wie sich aus den von der Beklagten selbst vorgelegten „Checklisten und Prüfpflichten“ (Anl. B4 - B8), namentlich aus den Aufstellungen „1.1 Prüfpflichtige Anlagen mit Prüffristen“ (B4), „1.2.3 Fahrbahn-Prüfanleitung“ (B5), „1.3 Prüfhilfen für Anlagen und Vorgänge Abfallentsorgung - Leichtflüssigkeitsabscheider“ (B6), „1.2.1 Tagescheck-Anleitung“ (B7) und „1.2.4 Sicherheits-Checkliste“ (B8), ergibt, entfallen die Prüfpflichten überwiegend auf die Tankstellen-Technik. Zwar sind auch für den Shop-Bereich und die Waschanlage einzelne Prüfpflichten vorgesehen, doch treten sie in ihrer Bedeutung und dem dafür aufzuwendenden Zeitaufwand hinter den in Bezug auf das eigentliche Kraftstoffgeschäft bestehenden Pflichten solchermaßen zurück, dass eine „Aufteilung“ der Pauschale nicht gerechtfertigt ist.

4. 143

Die Beklagte durfte die Bemessungsgrundlage um einen Betrag von 10 % wegen „verwaltender Tätigkeiten“ kürzen. 144

a) 145

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind für den Ausgleichsanspruch solche Provisionen bzw. Provisionsteile nicht zu berücksichtigen, die der Handelsvertreter für Tätigkeiten erhält, die über seine „werbende“ (vermittelnde, abschließende) Tätigkeit hinausgehen und mit denen der Handelsvertreter zusätzliche, für die Schaffung eines Kundenstamms nicht ausschlaggebende Aufgaben erfüllt, die ihm der Unternehmer überträgt und vergütet. Für die Erfüllung solcher zusätzlichen Aufgaben hat sich der Begriff „verwaltende Tätigkeiten“ herausgebildet. Ob und inwieweit in der Provision eines Handelsvertreters auch Vergütungsanteile für vermittlungsfremde Tätigkeiten enthalten sind, richtet sich grundsätzlich nach der vertraglichen Vereinbarung, die der Tätigkeit des Handelsvertreters zugrunde liegt. Der Lagerung und Auslieferung, aber auch dem Inkasso kommt im Rahmen der Agenturtätigkeit eines Tankstellenhalters jedenfalls auch werbende Funktion zu, was für eine Berücksichtigung der auf sie entfallenden Vergütungsanteile im Rahmen des Ausgleichsanspruchs ausreichend ist (BGH, Urt. vom 12.2.2003, Az. VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, S. 821; ferner Urt. vom 21.4.2010, Az. VIII ZR 108/09, NJW-RR 2010, S. 1550). Ebenfalls kommt den Tätigkeiten des Pächters im Bereich „Objekt/Sicherheit“ zumindest auch werbende Funktion zu (BGH, Urteil vom 6.8.1997, Az. VIII ZR 92/96, NJW 1998, S. 71).

b) 147

Der Kläger musste mit den ihm ausgezahlten Provisionen namentlich auch die Kosten für die Erfüllung der in Ziff. 26.1 - 26.4 des Tankstellenvertrages geregelten Pflichten abdecken. Dazu gehört insbesondere die Pflicht, „eine den Anforderungen von C2 entsprechende Buchführung einzurichten“ (Ziff. 26.1) sowie sämtliche Agenturgeschäftsvorfälle elektronisch zu erfassen sowie mindestens 4 Jahre lang vorzuhalten (Ziff. 26.3). Die damit verbundenen Kosten sind, soweit sie durch das Agenturgeschäft verursacht wurden, im vorliegenden Fall auf 10 % der diesbezüglichen Provisionseinnahmen zu schätzen. Die „Vernetzung“ des Kassensystems des Klägers mit der Beklagten hatte auf den Umfang dieser Pflichten keinen Einfluss. Eine Herabsetzung der dem Kläger mit der Erfüllung dieser Pflichten entstehenden Kosten kommt auch nicht deshalb in Betracht, weil auch das Shop- sowie das Wasch-Geschäft eine Buchführung erforderten. Dass dadurch eine nennenswerte Einsparung der auf das Agenturgeschäft entfallenden Buchführungskosten eintritt, ist nicht ersichtlich; für den Eintritt einer solchen Ersparnis liegen auch keine objektiven Anhaltspunkte vor, zumal der 148

Zeitaufwand für die Erfassung der Agenturgeschäftsvorfälle durch das Hinzutreten weiterer Geschäftsbereiche nicht geringer wird.

c) 149

Nach den vorgenannten Grundsätzen ist das Bedürfnis für eine Kürzung der Provisionseinnahmen um einen Anteil für „verwaltende Tätigkeiten“ auch nicht etwa wegen der Zahlung der „Dienstleistungspauschale“ entfallen, denn „verwaltende Tätigkeiten“ lagen dieser Zahlungsverpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger nicht zugrunde. Die mit der „Dienstleistungspauschale“ abgedeckten Tätigkeiten standen vielmehr direkt mit der Abgabe der Kraftstoffe in Zusammenhang, ähnlich wie die Kosten der Lagerung und Ablieferung. Sie betrafen hingegen nicht solche Kosten, die dem Kläger durch die Auferlegung weiterer Aufgaben, die nicht mit dem Verkauf von Agenturwaren in Zusammenhang stehen, anfielen. 150

5. 151

Auch die übrigen Parameter der Berechnung des Ausgleichsanspruchs durch die Beklagte begegnen keinen Bedenken. Das gilt insbesondere für den Ansatz eines einheitlichen Stammkundenumsatzanteils von 68,62 % auch für die Station in C, denn der Kläger hat insoweit keinen konkreten höheren Stammkundenumsatzanteil behauptet. Die Beklagte hat ferner zu Recht einen Prognosezeitraum von 4 Jahren und einen jährlichen „Schwund“ des geworbenen Stammkundenumsatzanteils von 20 % („Abwanderungsquote“), der zu kumulierten Provisionsverlusten von 200 % führt, zugrunde gelegt. Von diesen Zahlen geht auch der Kläger in seiner Berechnung aus. Sie dürfen jedenfalls dann herangezogen werden, wenn – wie hier – ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächlichen Kundenbewegungen nicht vorliegen (BGH, Urt. Vom 11.11.2009, Az. VIII ZR 249/08). 152

6. 153

Ein Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters entsteht ferner nur dann und soweit, wie dessen Zahlung unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht (§ 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB). 154

a) 155

Die Beklagte durfte daher einen Abzug von 10 % wegen der „Sogwirkung“ der Marke sowie der Lage der Tankstelle vornehmen. Im Hinblick auf die Marke „C2“, die im Kraftstoffgeschäft nach wie vor erhebliches Vertrauen genießt, sowie im Hinblick auf die „gute Lage“ der Tankstelle an einem vielbefahrenen Autobahnzubringer im Großraum Stuttgart ist dies nicht zu beanstanden. 156

b) 157

Im Hinblick auf die „Dienstleistungspauschale“ ist eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs nicht veranlasst. Zwar kann ein Fixum den Ausgleichsanspruch mindern oder gar ausschließen, wenn und soweit dem Vertreter mit dieser Zahlung das Unternehmerrisiko zumindest teilweise abgenommen wird (Küstner/Thume, a.a.O., Kap. IX, Rn. 63). Das ist bei der hier zwischen den Parteien vereinbarten „Dienstleistungspauschale“ aber nicht der Fall. Wie bereits dargelegt, handelt es sich der Sache nach um ein Entgelt, das mit dem Kraftstoff-Agenturgeschäft untrennbar verbunden ist und deshalb auch – wie früher üblich – im Rahmen der „Liter-Provision“ gezahlt werden könnte. Seine Ausgliederung in eine 158

„Dienstleistungspauschale“ ändert daher nichts daran, dass es sich um ein Entgelt für das Agenturgeschäft des Klägers handelt, auch wenn Bestand und Höhe nunmehr vom konkreten Umsatz unabhängig sind. Es kommt hinzu, dass diese Pauschale auch der Höhe nach nur einen Bruchteil der im Kraftstoffgeschäft an den Kläger gezahlten eigentlichen Provisionen darstellte (rund 66.000,00 € netto bei einem Umsatz von 6 Mio. Litern und einer Provision von 1,1 €-Cent/Liter). Bei dieser Sachlage bedeutet die Zahlung einer „Dienstleistungspauschale“ von 18.000,00 € jährlich keine merkliche Minderung des unternehmerischen Risikos des Klägers.

7. 159

Zusammenfassend ergibt sich damit aus dem Agenturgeschäft ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 69.555,77 € (brutto), wie die folgende Aufstellung zeigt. Dabei legen die Parteien betreffend die vorzunehmende Abzinsung entsprechend der sog. Mehrfaktorentabelle nach Gillardon übereinstimmend den Faktor 43,423/48 zugrunde. Veranlassung zu einer Prüfung oder Abweichung von diesem Modus der Abzinsung besteht nicht. 160

letzte Jahresprovision unter Berücksichtigung der unwirksamen, jedoch zugunsten des Klägers zugrunde zu legenden Überleitungsregelung (Ziff. 6)	40.122,18 €	161
zzgl. „Dienstleistungspauschale“	18.000,00 €	
Sa.	58.122,18 €	
nach Abzug von 10 % für verwaltende Tätigkeiten verbleiben	52.309,96 €	
bezogen auf den (für die Station D Süd) unstreitigen Stammkundenumsatzanteil (68,62 %)	35.895,10 €	
über den Prognosezeitraum von 4 Jahren kumulierter Provisionsverlust (200 %)	71.790,19 €	
abzüglich „Sogwirkung“ (10 %) verbleiben	64.611,17 €	
abgezinst	58.450,22 €	
zzgl. USt.	69.555,77 €	

8. 162

Der Ausgleichsanspruch in Höhe von 69.555,77 € (brutto) erfährt keine Herabsetzung im Hinblick auf die sog. Kappungsgrenze (§ 89 b Abs. 2 HGB). Denn Ziff. 6 der - wie dargestellt unwirksamen, jedoch zugunsten des Klägers anzuwendenden - Überleitungsregelung verhält 163

sich nicht zur Frage der Ermittlung der Kappungsgrenze und schreibt namentlich nicht etwa vor, dass dazu auch auf das „alte“ Vertragsverhältnis abzustellen sei. Maßgeblich ist deshalb gem. § 89 b Abs. 2 HGB allein das zuletzt bestehende Vertragsverhältnis. Hier belief sich die letzte Jahresprovision des Klägers auf 72.111,00 € (netto) zzgl. der „Dienstleistungspauschale“ von 18.000,00 €, mithin auf einen Gesamtbetrag von 90.111,00 € (netto) oder von 107.232,08 € brutto. In diesen Referenzbetrag sind alle Provisionseinnahmen und sonstige Vergütungen des Handelsvertreters einzubeziehen. Anders als bei der Ermittlung des Rohausgleichs ist nicht etwa lediglich auf die mit geworbenen Stammkunden getätigten Geschäfte abzustellen (BGH, Urteil vom 19.11.1970, Az. VII ZR 47/69, NJW 1971, S. 462).

9. 164

Der Ausgleichsanspruch in Höhe der errechneten 69.555,77 € ist infolge der Aufrechnung mit der unstreitigen Gegenforderung im Umfang von 16.338,31 € erloschen, so dass ein Betrag von 53.217,46 € verbleibt. Dies sind 21.540,91 € mehr, als dem Kläger bereits vom Landgericht zugesprochen worden ist. 165

10. 166

Bei der Ermittlung des dem Kläger zustehenden Ausgleichsanspruchs ist das sog. Wasch-Geschäft nicht zu berücksichtigen. 167

a) 168

Der Kläger hat einen etwaigen Ausgleichsanspruch aus dem Wasch-Geschäft nicht schlüssig vorgetragen. Abgesehen davon, dass die Beklagte die vom Kläger benannten Bemessungsgrundlagen bereits erstinstanzlich als unzutreffend bezeichnet hat, fehlt es an jeglichen Angaben des Klägers zum Stammkundenumsatzanteil im Wasch-Geschäft. Die von ihm vorgelegten Auswertungen verhalten sich nur zum Kraftstoff- und Shop-Umsatz. Die Beklagte hat lediglich den Stammkundenumsatzanteil bezüglich des Agenturgeschäfts unstreitig gestellt. 169

b) 170

Darüber hinaus fehlt es bezüglich des Wasch-Geschäfts an der erforderlichen Eingliederung des Klägers in die Absatzorganisation der Beklagten. 171

aa) 172

Es bedarf keiner Entscheidung, ob das vom Kläger wahrgenommene Wasch-Geschäft bereits die Voraussetzungen des sog. Franchising erfüllte oder nicht. Auch dem Franchise-Nehmer steht nur dann ein Ausgleichsanspruch zu, wenn er solchermassen in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingegliedert ist, dass er wirtschaftlich in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hat. Ob es für die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs ferner erforderlich ist, dass der Franchise-Nehmer ebenfalls verpflichtet ist, seinem Partner spätestens bei Vertragsende seinen Kundenstamm zu übertragen, ist hingegen – soweit ersichtlich - bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden (BGH Urt. vom 22.10.2003, Az. VIII ZR 6/03, NJW-RR 2004, S. 898; Urt. vom 23.7.1997, Az. VIII ZR 130/96, NJW 1997, S. 3304; Münchener Komm. HGB / von Hoyningen-Huene, 3. Aufl., § 89 b Rn. 24). 173

bb) 174

Von der jedenfalls erforderlichen „Eingliederung in die Absatzorganisation“ kann (nur) dann 175
gesprochen werden, wenn sich das Vertragsverhältnis nicht in einer bloßen Verkäufer-
Käufer-Beziehung erschöpft. Dazu gehört, dass sich der Vertragshändler bzw. Franchise-
Nehmer für den Vertrieb der Erzeugnisse des Herstellers wie ein Handelsvertreter
einzusetzen hat und auch im Übrigen Bindungen und Verpflichtungen unterliegt, wie sie für
einen Handelsvertreter typisch sind. Indessen ist es nicht notwendig, dass alle
vertretertypischen Kriterien vorliegen, sondern es genügt, dass diejenigen Kriterien gegeben
sind, die dazu führen, dass der Vertragshändler eine dem Handelsvertreter vergleichbare
Stellung einnimmt. Dazu gehört insbesondere die vertretertypische
Interessenwahrnehmungspflicht und das Verbot des Vertriebs von Konkurrenzwaren
(Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 8. Aufl., II Rn. 76).

Nach den vorgenannten Kriterien stand der Kläger bezüglich des Wasch-Geschäfts nicht 176
einem Handelsvertreter gleich: Zwar sprechen für die Eingliederung des Klägers in die
„Absatzorganisation“ der Beklagten die unstreitig äußerst beschränkte Auswahlmöglichkeit
bezüglich der Waschchemie-Lieferanten, die zumindest faktisch vorgegebenen
Waschprogramme sowie die elektronischen Kontrollmechanismen hinsichtlich der
„verkauften“ Wäschen. Andererseits hatte der Kläger bezüglich der Preisgestaltung, wie er in
der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst eingeräumt hat, noch einen gewissen
Spielraum. Es bestand auch keine rechtliche Verpflichtung, an den ihm von der Beklagten zur
Ankurbelung des Kraftstoffgeschäfts angedienten „Aktionen“ teilzunehmen. Der
Tankstellenvertrag sah außerhalb der „Agenturwaren“ auch keinerlei Wettbewerbsverbot vor.
Ferner war der Kläger nicht gehalten, das Wasch-Geschäft gezielt zu forcieren. Er schuldete
der Beklagten im Übrigen weder Informationen über den Geschäftsverlauf betreffend die
Waschanlage oder gar eine aktive „Marktbeobachtung“.

Insgesamt gesehen lässt sich daher nicht feststellen, dass der Kläger bezüglich des Wasch- 177
Geschäftes der Beklagten gegenüber Pflichten ähnlich einem Handelsvertreter
wahrzunehmen hatte. Der Betrieb der Waschanlage stellte vielmehr einen dem
Kraftstoffgeschäft faktisch nachgeordneten Servicebereich dar.

11. 178

Auch das Shop-Geschäft ist nicht ausgleichspflichtig. Dem steht nicht die Entscheidung des 179
Bundesgerichtshofs vom 19.1.2011 (a.a.O.) entgegen, in der das Shop-Geschäft in den
Ausgleich einbezogen wurde. Denn ausweislich des Tatbestandes dieser Entscheidung
übernahm die dortige Klägerin sowohl den Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen als auch
von Shopwaren als Handelsvertreterin. Das ist vorliegend nach den vertraglichen Vorgaben
nicht der Fall (vgl. II. und III. des „C2 Tankstellen- und C2 Store-Konzeptvertrages“).

Ein Ausgleichsanspruch besteht bereits dem Grunde nach nicht. 180

a) 181

Auch bezüglich des Shop-Geschäfts kann offenbleiben, ob es sich insoweit um einen 182
Franchise-Vertrag handelte. Denn auch in diesem Fall käme ein Ausgleichsanspruch nur in
Betracht, wenn der Kläger als Franchise-Nehmer wie ein Handelsvertreter in die
Absatzorganisation der Beklagten als Franchise-Geberin eingebunden gewesen wäre.

b) 183

184

An einer solchen handelsvertretergleichen Einbindung des Klägers in die Absatzorganisation der Beklagten fehlt es auch bezüglich des Shop-Geschäfts.

aa) 185

186
Zunächst war der Kläger rechtlich nicht verpflichtet, die von der Beklagten favorisierten und ihm empfohlenen Lieferanten zu akzeptieren, wie sich aus der Regelung in Ziff. III. 12.5 des Tankstellenvertrages ergibt. Bestand diese Bezugsverpflichtung nicht, konnte der Kläger mithin unter Wahrung des „C2 Store-Konzeptes“ im Übrigen das vorgesehene Sortiment auch über andere, nicht mit der Beklagten verbundene Lieferanten beziehen. Bereits angesichts dieser rechtlichen Möglichkeit des Pächters, die Absatzstrukturen der Beklagten jederzeit zu verlassen, kann von einer „Eingliederung in die Absatzorganisation“ keine Rede mehr sein. Hinzu kommt, dass der Kläger nach Ziff. III. 12.4 des Tankstellenvertrages auch noch, freilich in einem durch das C2 Store-Konzept vorgegebenen Rahmen, Entscheidungsbefugnisse über das konkret vorzuhaltende Warensortiment hatte und ferner die Verkaufspreise selbst festlegen konnte. Insgesamt gesehen ergibt sich daraus das „Bild“ des Klägers als eines zwar durch weitgehende Marketing-Empfehlungen und auch durch bestimmte Marketing-Vorgaben faktisch vielfältig beeinflussten, rechtlich jedoch in elementaren unternehmerischen Entscheidungen (Bestimmung der Lieferanten, damit auch der Einkaufspreise, Bestimmung der Verkaufspreise) noch „freien“ Kaufmanns. Die entsprechende Anwendung des § 89 b Abs. 1 HGB ist in einer solchen Situation nicht geboten.

187
Im Übrigen rechtfertigen auch die Teilbereiche des Shop-Geschäfts, nämlich das „Petit Bistro“ einerseits und der Telefonkartenverkauf andererseits, keine abweichende Beurteilung. Auch insoweit lässt sich nämlich die erforderliche handelsvertretergleiche Eingliederung des Klägers in die Absatzorganisation der Beklagten nicht feststellen. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die im Bistro-Bereich verkauften Waren sowie die Veräußerung von Telefonkarten ausschließlich über die „Empfehlungslieferanten“ gestattet war. Selbst wenn das der Fall gewesen sein sollte, könnten diese „Randbereiche“ dem Shop-Geschäft im Übrigen nicht einen anderen Charakter verleihen.

188
Auch der Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 31.5.2013, wonach ihm erst jetzt die Benutzung des „Tools Performance Monitoring“ durch die Beklagte bekannt geworden sei, aus dem sich ergebe, dass die Beklagte das Shop-Geschäft für jede einzelne Tankstelle für jeweils ein komplettes Geschäftsjahr „vorplane“, und zwar auf der Grundlage der Daten zu Erträgen, Kosten, Betriebskapital, Pacht und Gewinn, so dass im Rahmen dieser „Geschäftsplanung“ kein Handlungsspielraum der Pächter mehr bestehe und auch die Verkaufspreise durch die Beklagte festgelegt würden, kann die Eingliederung in die Absatzorganisation nicht begründen. Der Kläger hat insbesondere nicht dargelegt, dass die Beklagte ihm mit der Anwendung dieses „Tools“ die in Ziff. III. 12.4 und 12.5 des Tankstellenvertrags festgeschriebenen „unternehmerischen (Rest-)Freiheiten“ wirksam eingeschränkt hätte.

bb) 189

190
Der Kläger kann sich zur Begründung seiner Eingliederung in die Absatzorganisation der Beklagten auch nicht auf einen faktischen Bezugszwang berufen.

191
Es sind keine Umstände ersichtlich, wonach für ihn der Bezug von Waren über andere als die Empfehlungslieferanten nicht realisierbar war. Dazu genügen weder die - unstreitigen - Verpflichtungen, eine bestimmte Gestaltung der Verkaufsfläche bis hin zu den Regalen einzuhalten, noch die geltend gemachten elektronischen und persönlichen

Kontrollmechanismen. All dies stand einem Bezug des vorgegebenen Warensortiments (oder jedenfalls von Teilen desselben) über „externe“ Lieferanten nicht zwingend entgegen. Ein faktischer Bezugszwang ergibt sich auch nicht aus den übrigen Regelungen im Tankstellenvertrag. Die darin enthaltenen Verpflichtungen des Klägers, namentlich zur Übernahme von Kommissionswaren, zur Beteiligung an Werbungskosten sowie zur einheitlichen Gestaltung der Shop-Einrichtung, lassen den Bezug von Sortimentswaren über andere Lieferanten nicht von vornherein wirtschaftlich sinnlos erscheinen.	
Dahinstehen kann, ob dem Kläger selbst für den Fall des Fremdbezugs von Waren für den Shop-Bereich die Kündigung angedroht worden ist. Selbst wenn sich die Beklagte ihm gegenüber so verhalten hätte, ersetzt ein solcher „Druck“ nicht die erforderliche Eingliederung in die Absatzorganisation des Vertragspartners (BGH, Urt. vom 22.10.2003, Az. VIII ZR 6/03, NJW-RR 2004, S. 898).	192
IV.	193
Der Kläger kann aufgrund seiner befristeten Mahnung vom 19.8.2011 die Verzinsung der Ausgleichsforderung in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.9.2011 aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB verlangen. Dass die Beklagte nicht in der Lage war, den dem Kläger nach Maßgabe der Ziff. 6 der Überleitungsregelung zustehenden Ausgleichsbetrag zu ermitteln, ist nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht geltend gemacht.	194
Dagegen hat der Kläger keinen Anspruch auf weitergehende Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Voraussetzung dafür ist, dass die Beklagte sich bereits in Verzug befand, als die betreffende Geschäftsgebühr des Anwalts anfiel. Denn bei der Verfolgung vertraglicher Schadensersatz- bzw. Erfüllungsansprüche, wie sie den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bilden, steht dem Gläubiger nur für den Fall des Verzugs des Schuldners ein entsprechender Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB zu. Der Kläger hat indes nicht vorgetragen, dass er seine (späteren) Prozessbevollmächtigten mit der Geltendmachung der Ansprüche – soweit sie denn berechtigt waren - erst nach Verzugseintritt der Beklagten beauftragt hat.	195
V.	196
Die Ausführungen des Klägers in seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 10.7.2013 geben keinen Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.	197
VI.	198
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	199
VII.	200
Veranlassung zur Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts verlangt nicht nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung im Übrigen auch nicht von höchstrichterlichen oder anderen obergerichtlichen Urteilen ab.	201
