
Datum: 06.02.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 108/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0206.19U108.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 86 O 14/06

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 10.07.2008 - 86 O 14/06 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 16.661,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % vom 01.02.2003 bis zum 30.05.2005 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2005 zu zahlen.

Im Übrigen werden Berufung und Anschlussberufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin 88 % und die Beklagte 12 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin war seit 1993 als Vertragshändlerin der Beklagten tätig, zuletzt aufgrund Händlervertrages vom 23.10./18.11.1996 (Anlage K 2, Bl. 15 ff. AH). Das Vertragshändlerverhältnis endete durch Kündigung der Beklagten vom 19.01.2001 zum 31.01.2003. Seit dem 01.02.2003 ist die Klägerin aufgrund eines mit der Beklagten geschlossenen Werkstattvertrages als D--Vertragswerkstatt tätig. Ferner schloss die Klägerin unter dem 29.01./31.01.2003 mit der Fa. Autohaus I. GmbH & Co. KG, einer Vertragshändlerin der Beklagten, einen D--Neuwagenagenturvertrag (Anlage B 1, Bl. 101 ff. GA), aufgrund dessen sie D--Neuwagen-Verkäufe vermittelt und hierfür von der Fa. Autohaus I. GmbH & Co. KG Provisionen gemäß Anlage 1 des Neuwagenagenturvertrages erhält.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB in Höhe von insgesamt 144.290,15 EUR netto geltend, der sich nach ihrer Berechnung aus einem Ausgleichsanspruch für das Neuwagengeschäft und einem Ausgleichsanspruch für den Verkauf von Ersatzteilen zusammensetzt. Wegen der Einzelheiten der erstinstanzlich von der Klägerin vorgenommenen Berechnungen sowie des Gegenvorbringens der Beklagten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteils sowie auf die schriftsätzlichen Ausführungen der Parteien Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 21.629,93 EUR stattgegeben. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht ausgeführt, der Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs analog § 89 b HGB stehe nicht entgegen, dass die Klägerin nach Beendigung des Vertragshändlervertrages als Neuwagenagentur der Fa. Autohaus I. eingesetzt gewesen sei. Schon im Hinblick auf die Parteien des Agenturvertrages könne dieser nicht als Fortsetzung des Händlervertrages mit der Beklagten angesehen werden. Auch die Bedingungen des Agenturvertrages seien andere als die des Händlervertrages. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Kundenstamm, den sie zwar im Rahmen ihrer Vermittlungstätigkeit uneingeschränkt weiter nutzen könne, parallel auch von ihrem Vertragshändler und von der Beklagten selbst genutzt werden könne. Der Agenturvertrag lasse deshalb den Ausgleichsanspruch nicht entfallen, sondern führe nur zu einem Billigkeitsabschlag, da die Klägerin die Möglichkeit habe, den für die Beklagte geschaffenen Kundenstamm "sonstwie" weiter zu nutzen. Dem Ausgleichsanspruch stehe auch die Tätigkeit als autorisierter Werkstattbetrieb nicht entgegen. Für letztere sei auch kein Billigkeitsabschlag vorzunehmen.

Zur Höhe des Ausgleichsanspruchs hat das Landgericht ausgeführt, dass auch der Kunde N. als Mehrfachkunde zu berücksichtigen sei, obwohl der seitens der Klägerin für das Jahr 2000 dargelegte Vorkauf einen Vorfürswagen betroffen habe. Der Vorkauf sei nur insoweit von Bedeutung, als er ein Indiz dafür sei, dass ein Kunde für ein Fahrzeug der Marke des ausgleichspflichtigen Herstellers erworben worden sei. Insoweit sei nicht von Bedeutung, ob der Vorkauf ein Neufahrzeug oder einen Vorfürswagen der Marke betreffe. Im Übrigen zeige der Umstand, dass der Kunde N. im Jahr 2005 wiederum ein Fahrzeug der Beklagten

erworben habe, dass die Klägerin ihn tatsächlich als Stammkunden für die Beklagte gewonnen habe.

Verkäufe an den seinerzeit an die Klägerin angeschlossenen B-Händler J. könnten hingegen nur insoweit als Mehrfachkundengeschäfte berücksichtigt werden, als dieser Fahrzeuge an Endkunden weiterverkauft habe, die als für die Marke der Beklagten geworbene Stammkunden gewertet werden könnten. Dies gelte hinsichtlich des letzten Vertragsjahres nur für den Kunden C., während der weitere von der Klägerin angegebene Kunde U. von der Fa. J. am 18.05.2002 keinen Neuwagen, sondern einen Vorfühswagen erworben habe. 7

Ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig sei der Verkauf eines Fahrzeugs an den Kunden X. O., bei dem es sich um den Vater des Kunden S. O. handeln solle, der im Jahr 2001 von der Klägerin einen Vorfühswagen erworben habe. Da die beiden Kunden nicht in einer Hausgemeinschaft, sondern sogar in unterschiedlichen Ortschaften wohnten, könne trotz des verwandtschaftlichen Verhältnisses die Beziehung nicht als so eng angesehen werden, dass ein Fahrzeugkauf des einen auch dem anderen zuzurechnen sei. Nicht ausgleichspflichtig sei schließlich auch die Veräußerung von Ersatzteilen in den Verkaufsräumen, weil es insoweit an einer Vermittlung der Kundendaten an die Klägerin fehle. 8

Von dem im letzten Vertragsjahr im Mehrfachkundengeschäft erzielten Rohertrag sei ein Abzug von 2,5 % für verwaltende Tätigkeiten sowie eine Kürzung um 25 % wegen der Sogwirkung der Marke D- vorzunehmen. Ferner seien für die Weiternutzung des Kundenstamms in Form der Vermittlungstätigkeit für die Fa. Autohaus I. 75 % von dem auf einen Zeitraum von 5 Jahren prognostizierten Gesamtverlust der Klägerin von 84.451,75 EUR in Abzug zu bringen. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 10

Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, mit der sie ihren erstin- 11

stanzlichen Klageantrag weiter verfolgt. Die Klägerin ist der Auffassung, sowohl der Kunde X. O. wie auch die Geschäfte mit dem B-Händler J. müssten in die Ausgleichsberechnung einbezogen werden. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs genüge für ein Mehrfachkundengeschäft der Kauf durch einen nahen Angehörigen. Auf eine häusliche Gemeinschaft habe der Bundesgerichtshof gerade nicht abgestellt. Hinsichtlich des Kunden J. habe die Klägerin um jedes Einzelgeschäft werben müssen, da dieser frei habe entscheiden können, wo er seine Fahrzeuge ordere. Eine Kaufverpflichtung des Händlers J. bei der Klägerin enthalte der als Anlage K 24 vorgelegte Rahmenvertrag nicht. Ferner habe das Landgericht nicht erklärt, warum der Händler J. in die Verkaufsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen sein solle bzw. warum sich daraus eine Ausgleichsunfähigkeit ergeben solle. Vertragliche Beziehungen aus dem Unterhändlervertrag seien allein zwischen der Klägerin und dem Unterhändler begründet worden. Die Beklagte habe auch keinerlei Leistung dafür erbracht, dass zwischen Klägerin und Unterhändler ständige Vertragsbeziehungen entstanden seien. Jedenfalls sei die Entscheidung des Landgerichts nicht konsequent, da es einen Ausgleich gewähren wolle, soweit der Unterhändler an einen Mehrfachendkunden verkauft habe. Richtigerweise könne es aber auf den Verwendungszweck, für den ein Mehrfachkunde ein Fahrzeug erwerbe, nicht ankommen. Dieser Verwendungszweck sei dem Verkäufer regelmäßig unbekannt und der Käufer schulde hierüber auch keine Auskunft. Deshalb dürfe ein solcher Verwendungszweck auch nicht als Tatbestandsmerkmal des § 89 b HGB hinzugenommen werden. 12

Ebenfalls hätten die Geschäfte mit Ersatzteilen berücksichtigt werden müssen. Ob das vom Landgericht geforderte Tatbestandsmerkmal der vertraglichen Verpflichtung der Übermittlung der Kundendaten tatsächlich erforderlich sei, werde in Rechtsprechung und Literatur mit Recht bezweifelt. Es müsse genügen, dass der Händler eingegliedert sei und infolge seiner Tätigkeit dem Unternehmer Vorteile durch einen treuen Kundenstamm entstünden. Zumindest aber dürfe die Analogie den Vertragshändler nicht ungünstiger stellen als den Handelsvertreter. Im Handelsvertreterrecht sei aber anerkannt, dass im anonymen Massengeschäft der Unternehmer die Kunden des Handelsvertreters nicht zu kennen brauche; hier könne der Beweis der Werbung durch Statistiken und Schätzung nach § 287 ZPO geführt werden. Bei dem Ersatzteilgeschäft im Thekenverkauf handele es sich um ein derart anonymisiertes Massengeschäft. Unstreitig habe für die veräußerten Ersatzteile auch eine Vertriebspflicht der Klägerin existiert, weshalb insoweit auch ein Ausgleichsanspruch zu leisten sei. Hierauf komme es aber letztlich nicht an, da die Beklagte unstreitig die Namen und Adressen sämtlicher Kunden von Kraftfahrzeugen gekannt habe. Dass irgendjemand ein Ersatzteil erwerbe, ohne gleichzeitig Eigentümer eines D--Fahrzeugs zu sein, sei als völlig irregulärer Umstand außer Betracht zu lassen. Ebenso wenig relevant sei der Umstand, ob möglicherweise ein Gebrauchtwagenkäufer ein Ersatzteil erworben habe. Dies möge ggf. im Wege eines Billigkeitsabschlags Berücksichtigung finden.

Ein Billigkeitsabzug in Höhe von 25 % für die Sogwirkung der Marke sei im Vertriebsgebiet der Klägerin, Schleswig-Holstein, nicht gerechtfertigt. Zur regionalen Sogwirkung enthalte das Urteil keine Feststellung. Aufgrund der hohen Rostempfindlichkeit der französischen Produkte der Beklagten seien diese in der norddeutschen Seeluft mit einem außerordentlich schlechten Ruf versehen. Ein Sachverständigengutachten sei trotz Beweisantritt nicht eingeholt worden. Auch der erkennende Senat habe in der Vergangenheit eine Sogwirkung der Marke D- von lediglich 10 % angenommen. 14

Die Klägerin weist ferner darauf hin, dass der Bundesgerichtshof nach einem Urteil vom 22.03.2006 nun angesichts der längeren Lebensdauer und des längeren Nachkaufintervalls der heutigen Kraftfahrzeuge einen Regelprognosezeitraum von 8 Jahren für angemessen erachte. 15

Schließlich sei ein Billigkeitsabzug von 75 % für den nachvertraglichen Vertrieb im Rahmen eines Agenturvertrages nicht angemessen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 HGB seien vollständig erfüllt. Ob die Klägerin aus einem anderen Vertragsverhältnis, nämlich einem Vermittlerabkommen mit einem Händler der Beklagten, andere Gewinne generiere, sei irrelevant. Beim Vertrieb eines Konkurrenzprodukts seien in der Rechtsprechung bislang Billigkeitsabzüge von 25 % angenommen worden. Ein Billigkeitsabschlag von 75 % beim Agenturvertrieb der gleichen Marke widerspreche Art. 3 GG, der es verbiete, im Wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich zu werten. Zu berücksichtigen sei auch, dass ein Unterhändlervertrag nicht die Außendarstellung eines Vertragshändlers ermögliche und damit nicht die gleiche Außenwirkung habe. Ein derart hoher Billigkeitsabschlag widerspreche auch der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln. Dieses habe in der als Anlage K 15 vorgelegten Entscheidung (Urteil des Senats vom 02.03.2001 – 19 U 120/00 -) einen möglicherweise angemessenen Billigkeitsabschlag von 25 % angenommen, wenn ein ehemaliger Vertragshändler nach Vertragsbeendigung importierte Fahrzeuge derselben Marke verkaufe. Richtigerweise sei hier sogar überhaupt kein Billigkeitsabschlag vorzunehmen, da die Beklagte nur Vorteile habe. Die Kundenbeziehungen der Klägerin würden – anders als beim Umstieg auf eine Konkurrenzmarke – weiterhin für den Vertragshändler und damit für die Beklagte genutzt. 16

Hinsichtlich der Zinsen ist die Klägerin der Auffassung, dass ihr für die Zeit ab dem 01.01.2002 Verzugszinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz zu gewähren seien.

Die Klägerin beantragt,

18

das Urteil des Landgerichts Köln zur Geschäftsnummer 86 O 14/06 vom 10.07.2008 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 144.290,15 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2003 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

20

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

21

Darüber hinaus beantragt sie im Wege der Anschlussberufung,

22

das Urteil des Landgerichts Köln vom 10.07.2008 (Az. 86 O 14/06) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hält die Berufung der Klägerin für unbegründet. Der Kunde O. sei schon deshalb nicht als Mehrfachkunde anzuerkennen, da der Vorkauf in diesem Fall lediglich der Kauf eines Vorführgewagens betroffen habe. Aus diesem Grund sei auch der Kunde N. nicht als Mehrfachkunde zu werten. Die Beklagte verweist insoweit auf das Urteil des Senats vom 11.08.2006 – 19 U 4/06 - und das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2006 – VIII ZR 173/04 -. Auch der B-Händler J. könne nicht als Mehrfachkunde anerkannt werden, weil nach der ständigen Rechtsprechung des Senats und des Bundesgerichtshofs allein und zutreffend auf Verkäufe an Endkunden abgestellt werde. Zutreffend habe das Landgericht auch die Ausgleichsfähigkeit von Ersatzteilgeschäften verneint. Es habe an jeder vertraglichen Verpflichtung zur Übertragung von Kundendaten gefehlt und es seien auch tatsächlich keine Kundendaten übertragen worden. Die Klägerin habe auch keinen einzigen Beleg für Mehrfachkunden im Bereich des Ersatzteilverkaufs erbracht. Gleiches gelte für den angeblichen Umsatz im Ersatzteilgeschäft. Unzutreffend sei schließlich die Behauptung der Klägerin, der Bundesgerichtshof habe in seinem Urteil vom 22.03.2006 einen Regelprognosezeitraum von 8 Jahren für angemessen erachtet. Den vom Landgericht angenommenen Billigkeitsabschlag von 75 % für die Weiternutzung des Kundenstamms hält die Beklagte – abgesehen davon, dass sie aus diesem Grund einen Anspruch schon dem Grunde nach für ausgeschlossen hält – für zu gering. Richtigerweise seien 100 % abzuziehen, da die Klägerin weiterhin die volle Verdienstmöglichkeit habe. Eine Vergleichbarkeit mit dem Vertrieb von Konkurrenzprodukten sei nicht gegeben, denn es liege auf der Hand, dass der Vertragshändler, der unmittelbar nach Beendigung des Vertragshändlervertrages weiter Fahrzeuge derselben Marke von demselben Betriebsstandort aus und unter derselben Firma vertreibe, seinen Kundenstamm in weit stärkerem Maße nutzen könne und nutzen werde als der Vertragshändler, der nach Vertragsbeendigung Fahrzeuge einer anderen Marke vertreibe und die Kunden erst von der bisher vertriebenen Marke zu der neuen Marke "herüberholen" müsse.

Zur Begründung ihrer Anschlussberufung macht die Beklagte geltend, dass das Landgericht die Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs analog § 89 b HGB dem Grunde nach rechtsfehlerhaft bejaht habe. Sie habe erstinstanzlich unter Beweisanztritt vorgetragen, dass sowohl Provisionsverluste auf Seiten der Klägerin als auch erhebliche Unternehmervorteile auf Seiten der Beklagten weder entstanden seien noch ihre Entstehung zu erwarten gewesen sei. Das Landgericht habe es insoweit unterlassen, notwendige Feststellungen zu treffen und unbestrittene Tatsachen zutreffend zu würdigen. Der Agenturvertrag sehe in seinen Anlagen

25

1 und 2 eine im Vergleich zu der als Händler verdienten Marge mehr als entsprechende Vergütung in Form von Provisionen vor. Hinzu komme, dass sogar die von der Beklagten ausgelobten (Händler-) Boni und Prämien vollständig in die Kasse der Klägerin als Agentur geflossen seien. Ferner trage die Klägerin als Agentur auch nicht das händlertypische wirtschaftliche Risiko und die Investitionspflichten. Dass die Klägerin auch tatsächlich keine Provisionsverluste erlitten habe, zeige sich an der Zahl der an ihren alten Kundenstamm vermittelten Neufahrzeugverkäufe. Die fehlenden Provisionsverluste ließen sich auch nicht mit dem Hinweis des Landgerichts konstruieren, dass der Agenturvertrag im Hinblick auf die Parteien nicht als Fortsetzung des Händlervertrages angesehen werden könne. Gerade weil die Klägerin den Kundenstamm weitenutzen könne, fehle es an Provisionsverlusten und an den Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach Händlervertragsbeendigung. Nicht nachzuvollziehen und unrichtig sei auch die vom Landgericht aufgestellte These, dass durch das Auftreten als Vermittler die Kundenbindung leide. Der Kunde werde den Statuswechsel in der Regel nicht einmal wahrnehmen, wenn der vormalige Händler weiter unter dem Markenzeichen von D- auftrete und von demselben Betriebsgelände, unter derselben Firma und mit identischem Personal die Fahrzeuge vermittele. Darüber hinaus hätten die Vertriebszahlen der Klägerin gerade nicht gelitten. Schließlich sei auch die Hypothese, dass die Beklagte und/oder der Haupthändler die Kundendaten parallel zur Klägerin nutzen könnten, falsch. Der Haupthändler könne die Kundendaten nicht nutzen, weil er sie von der Beklagten niemals erhalten habe. Die Beklagte gebe selbstverständlich keinerlei Kundendaten an Haupthändler weiter, wenn der ehemalige Händler als Agentur im Vertriebsnetz verbleibe. Und auch die Beklagte könne die Kundendaten nicht nutzen, weil sie in Deutschland keinen Direktvertrieb an Endkunden betreibe. Aus denselben Gründen fehle es auch auf Seiten der Beklagten an "erheblichen Vorteilen" im Sinne des § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB.

Die Klägerin beantragt,

26

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

27

Die Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB seien gegeben. Vergütungsverluste habe die Klägerin bereits deshalb erlitten, weil der Vertragshändlervertrag beendet sei. Daraus resultiere die Vermutung von Einbußen in Höhe der Vergütungen der letzten 12 Monate. Der Begriff der Vergütungsverluste beziehe sich ausschließlich auf den konkreten Vertrag. Ob ein anderer Vertrag möglicherweise zu Vorteilen führe, sei keine Frage des Provisionsverlusts, sondern allenfalls möglicher Billigkeitserwägungen. Dies habe der Bundesgerichtshof in einem aktuellen Urteil vom 01.10.2008 – VIII ZR 13/05 – klar gestellt. Darüber hinaus seien die Provisionen aus dem Agenturvertrag nicht höher als die Rabatte aus dem Neuvertrag. Die Klägerin verweist insoweit auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Bestritten werde die neue Behauptung, die von der Beklagten ausgelobten Boni und Prämien seien vollständig in die Kasse der Klägerin als Agentur geflossen. Boni und Prämien seien nicht an die Klägerin weitergeleitet worden. Zudem werde bestritten, dass die Einzelgeschäfte zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragshändlervertrages, dem Bewertungsstichtag, bereits vorhersehbar gewesen seien. Aufgrund des Agenturvertrages habe lediglich eine Erwartung bestanden, die auch von der nicht vorhersehbaren Zusammenarbeit mit dem Haupthändler abhängig gewesen sei. Zur Frage der Kundenbindung führt die Klägerin aus, dass es erfahrungsgemäß nicht sonderlich kundenförderlich wirke, wenn die Auftragsbestätigung sowie die Rechnung nicht durch den bisherigen Vertragshändler und nunmehrigen Vermittler erstellt werde, sondern dort plötzlich eine andere Firma – der Haupthändler – auftauche, gegen die dann auch etwaige Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden müssten. Die Klägerin stehe auch in

28

erheblichem Preiswettbewerb zum Haupthändler, der mit seinem Margenvorteil wesentlich günstiger anbieten könne. Die Beklagte könne auch nicht vortragen, die Händler hätten keinen Zugang zu Kundendaten. Diese ließen sich sämtlich über die EDV der Beklagten einsehen. Außerdem werde jedes Neuwagengeschäft über den Haupthändler geschlossen, so dass dieser die Kundendaten als Vertragsausführender kenne.

Hinsichtlich der Unternehmervorteile werde nach ständiger Rechtsprechung vermutet, dass diese mindestens in Höhe der Vergütungsverluste valutierten. Außerdem bestehe die Vermutung, dass die einmal begründete Geschäftsverbindung mit den Kunden auch über die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Bestand haben werde. 29

Umstände, die bereits im Rahmen der Verlustprognose irrelevant seien, könnten ferner auch keinen Billigkeitsabschlag herbeiführen. Sie seien vertragsfremd und damit billigkeitsirrelevant. Dies gelte insbesondere für nachvertragliche Tätigkeiten des Vertragshändlers. Wie § 90 a HGB zeige, sei eine nachvertragliche Tätigkeit nur gegen Karenzschädigung untersagt. Wenn die Beklagte aber keine Karenzentschädigung leiste, unterliege der Vertragshändler nach der Wertung des Art. 12 GG keinem Wettbewerbsverbot. Die nachvertragliche Wettbewerbstätigkeit dürfe ihm daher auch nicht entgegen dem Gedanken des § 90 a HGB ausgleichsreduzierend zugerechnet werden. 30

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze und vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 31

II. 32

Die zulässige Berufung der Klägerin ist ganz überwiegend unbegründet und hat nur hinsichtlich der Höhe der Verzugszinsen teilweise Erfolg. 33

Die ebenfalls zulässige Anschlussberufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg, da der Klägerin nach den Feststellungen des Senats ein Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB nur in Höhe von 16.661,49 EUR zusteht. Insoweit ist die Entscheidung des Landgerichts zur Hauptsacheforderung der Klägerin teilweise abzuändern. Im Übrigen ist die Anschlussberufung unbegründet. 34

1. 35

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten führt die von der Klägerin im Anschluss an die Beendigung des Vertragshändlervertrages aufgenommene Vermittlung von D--Neuwagen im Rahmen eines Agenturverhältnisses mit der Fa. Autohaus I. nicht bereits zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs analog § 89 b HGB dem Grunde nach. 36

Zwar bleibt beim Abschluss eines Agenturvertrages über die Vermittlung von Fahrzeugen derselben Marke, die zuvor als Vertragshändler vertrieben worden waren, eine besonders enge Verbindung zu dem betreffenden Hersteller und dessen Vertriebsnetz wie auch zu dem bereits im Rahmen des Vertragshändlerverhältnisses erworbenen Kundenstamm bestehen. Dies mag einen – ggf. auch erheblichen – Billigkeitsabschlag rechtfertigen, ändert aber nichts daran, dass der Vertragshändlervertrag beendet wurde und die Klägerin und vormalige Vertragshändlerin nunmehr in Form einer grundsätzlich unterschiedlichen unternehmerischen Tätigkeit auf dem Kfz-Markt tätig wird. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass der Anspruch analog § 89 b HGB dem Ausgleich von Verlusten aus der Beendigung eines konkreten Vertrages, nämlich des vormaligen Vertragshändlervertrages, dienen soll. Provisionen aus einer nach Beendigung des Vertragshändlervertrages aufgenommenen 37

Handelsvertretertätigkeit können dem Verlust von Einnahmen aus dem gekündigten Vertragshändlervertrag nicht gleich gestellt werden. Insoweit hat die Beklagte selbst zutreffend darauf hingewiesen, dass der Handelsvertreter in einer grundsätzlich anderen wirtschaftlichen Situation tätig wird als der Vertragshändler. Das von der Klägerin angeführte Urteil des Bundesgerichtshofs befasst sich zwar nicht konkret mit der Frage, wie eine nachfolgende Vermittlung von zuvor als Vertragshändler vertriebenen Produkten zu bewerten ist, macht aber deutlich, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Feststellung des dem Handelsvertreter bzw. Vertragshändler entstehenden Nachteils die Fortsetzung des gekündigten Vertragsverhältnisses und eine gleich bleibende Tätigkeit zu fingieren sind (BGH, Urteil vom 01.10.2008 – VIII ZR 13/05 –, zitiert nach Juris, Leitsatz und Rz. 23 m.w.N.).

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie aus dem von der Klägerin als vormaliger Vertragshändlerin geworbenen Kundenstamm keine erheblichen Vorteile erziele. Ob sie ihren Haupthändlern die von der Klägerin überlassenen Kundendaten zur Verfügung stellt oder diese für die Haupthändler ohnehin zugänglich sind, kann dahin stehen. Bereits der Umstand, dass die Beklagte einem ihrer Haupthändler den Abschluss eines Agenturvertrages mit der Klägerin gestattet hat, stellt eine Nutzung der von der Klägerin überlassenen Kundendaten dar, denn auf diese Weise hat die Beklagte dafür Sorge getragen, dass der Kundenstamm der Klägerin weiter für die Marke D- "bewirtschaftet" wird. Es lag in der freien Entscheidung, ob sie beispielsweise im örtlichen Bereich der Klägerin einen neuen Vertragshändler einsetzt und diesem die Kundendaten der Klägerin überlässt oder aber – wie hier geschehen – diese Kundendaten durch die Eingliederung der Klägerin in ihr Vertriebsnetz als Agentur eines anderen Vertragshändlers nutzt. Dass Vertragshändler nur mit Zustimmung des jeweiligen Herstellers andere Unternehmen als autorisierte Vermittlungsagenturen der betreffenden Marke einsetzen dürfen, ist gerichtsbekannt. Ob die Beklagte darüber hinaus die Kundendaten der Klägerin noch in anderer Weise nutzt, z.B. durch unmittelbare Werbemaßnahmen, steht in ihrem Ermessen und ist nicht geeignet, den Ausgleichsanspruch der Klägerin auszuschließen.

Ergänzend nimmt der Senat zur Frage eines Ausschlusses des Ausgleichsanspruchs wegen Aufnahme einer Vermittlungstätigkeit auf die zutreffenden und überzeugenden Ausführungen des Landgerichts Bezug.

2.

Zur Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs stellt der Senat in ständiger Rechtsprechung auf die sog. Rohertragsmethode ab (vgl. z.B. Urteil vom 02.03.2001 – 19 U 120/00 – VersR 2002, 437 ff.; Urteil vom 15.11.2002 – 19 U 94/02 – VersR 2003, 106), die sich wie folgt gestaltet:

- a. Es ist zunächst auf der Grundlage der unverbindlichen Preisempfehlungen des Herstellers der Gesamtumsatz des Vertragshändlers im Neuwagengeschäft des letzten Vertragsjahrs zu ermitteln (UPE-Umsatz).
- b. Sodann ist die Summe der vom Händler gezahlten Einkaufspreise (EK-Umsatz) von der Summe der Verkaufspreise der im letzten Vertragsjahr verkauften Neuwagen (VK-Umsatz) zu subtrahieren.
- c. Danach ist der Anteil der berücksichtigungsfähigen Boni zu ermitteln und mit der Zwischensumme zu addieren. Aus der Summe ergibt sich der Rohertrag (%) im Verhältnis zum UPE-Umsatz.

- d. Dieser %-Satz ist um die Anteile der Provision zu reduzieren, die handelsvertreteruntypisch/händlertypisch sind.
- e. Sodann ist der Umsatz des Händlers auf der Grundlage der UPE mit Mehrfachkunden festzustellen (MFK-UPE-Umsatz).
- f. Davon ist die Provision für das Mehrfachkundengeschäft unter Anwendung des reduzierten %-Satzes zu berechnen (MFK-Rohrertrag).
- g. Ist das letzte Vertragsjahr nicht untypisch gegenüber den vier Vorjahren, ist dieser Betrag durch Multiplikation mit 5 auf die Dauer des Prognosezeitraums hochzurechnen.
- h. Im Rahmen der Billigkeitsprüfung bedarf die so gewonnene Zwischensumme einer Reduktion wegen der Sogwirkung der Marke, gegebenenfalls auch wegen weiterer Umstände.
- i. Anschließend ist eine Abzinsung des Betrages nach der Methode Gillardon vorzunehmen.
- j. Sodann ist die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen.
- k. Der ermittelte Betrag ist mit der Höchstgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB ab- zugleichen.

Die Klägerin hält demgegenüber die sog. Münchener Formel für die zutreffende Berechnungsmethode und hat hiernach auch den von ihr geltend gemachten Ausgleichsanspruch berechnet. Die Ausführungen der Klägerin geben dem Senat jedoch keine Veranlassung, von der Rohertragsmethode Abstand zu nehmen. Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner sog. Fiat/Lancia-Entscheidung vom 05.06.1996 anerkannt, dass es mehrere Möglichkeiten gibt, den relevanten Stammkundenumsatz des Vertragshändlers im letzten Vertragsjahr zu ermitteln. Dabei hat der Bundesgerichtshof die vom Senat in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegte Rohertragsmethode, die von den individuellen Erträgen des Vertragshändlers ausgeht, ausdrücklich als zulässige Alternative zu weiteren Berechnungsmethoden, die – wie die Münchener Formel - von der Bruttoprovision des Vertragshändlers ausgehen und diese durch Abzug der händlertypischen Bestandteile auf das Niveau eines Handelsvertreters zurückführen, anerkannt (BGH, Urteil vom 05.06.1996 – VIII ZR 7/95 –, zitiert nach Juris). In seiner sog. Mitsubishi-Entscheidung vom 22.03.2006 hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit der Rohertragsmethode erneut bestätigt (BGH, Urteil vom 22.03.2006 – VIII ZR 173/04 –, zitiert nach Juris). Soweit im Einzelfall die Berechnung der Provisionsverluste auf der Grundlage des Gesamtumsatzes des letzten Vertragsjahres zu unbilligen Ergebnissen führt, weil der Vertragshändler durch Gewährung hoher Rabatte im Mehrfachkundengeschäft ein im Verhältnis schlechteres Ergebnis erzielt hat als im Erstkundengeschäft, kann diesem Umstand bei Bedarf auch im Rahmen der Berechnung nach der Rohertragsmethode angemessen Rechnung getragen werden.

3. 44

Die Klägerin hat im letzten Vertragsjahr im Neuwagengeschäft einen Rohertrag von 141.343,95 EUR bzw. eine bereinigte Rohertragsquote von 13,1 % erzielt. 45

a) 46

Der Gesamtumsatz, den die Klägerin auf der Basis der unverbindlichen Preisempfehlungen der Beklagten im Neuwagengeschäft des letzten Vertragsjahres erzielt hat, ist mit insgesamt 906.003,62 EUR anzusetzen. 47

Zu berücksichtigen ist insoweit zunächst der UPE-Umsatz aus Neuwagenverkäufen an Endkunden in Höhe von insgesamt 763.796,62 EUR. Dieser Betrag ergibt sich aus der von der Klägerin als Anlage K 7 zu den Akten gereichten Aufstellung (Bl. 48 ff. AH), jedoch abzüglich der laufenden Nummern 11 und 12/2002, die sich ausweislich der mit Anlagenkonvolut K 9 vorgelegten Bestellungen und Rechnungen auf Vorfürhswagen beziehen. 48

Die von der Beklagten ebenfalls als Vorfürswagenverkäufe beanstandeten Vorgänge gemäß laufende Nummern 4, 13 und 40 aus 2002 lassen sich nach den vorliegenden Unterlagen dagegen nicht als solche identifizieren. Vielmehr handelt es sich nach dem Inhalt der Bestellungen und Rechnungen um Neuwagenverkäufe bzw. – hinsichtlich der lfd. Nr. 13/2002 – um eine sog. Tageszulassung, die im Rahmen der Ausgleichsberechnung analog § 89 b HGB wie ein Neuwagenverkauf zu behandeln ist.

Über die vorgenannten Neuwagenverkäufe hinaus sind als Neuwagengeschäft des letzten Vertragsjahrs auch diejenigen Verkäufe von Neuwagen an den B-Händler der Klägerin zu werten, die unmittelbar an Endkunden weiterverkauft wurden. Der Senat hält insoweit fest an den Grundsätzen, die er in seinem Urteil vom 23.06.2006 – 19 U 170/05 - zur Behandlung von Neuwagenverkäufen an nachgeordnete Händler aufgestellt hat. Danach kommt ein Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers gegen den Hersteller grundsätzlich auch bezogen auf Verkäufe von Fahrzeugen über ihm nachgeordnete Händler in Betracht (so auch schon BGH NJW 1996, 2298, 2301). Der Prinzipal schuldet dem Vertragshändler indes nur dann einen Ausgleich, wenn er gemäß § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB aus der Übernahme der Geschäftsverbindungen mit dem überlassenen Kundenstamm Vorteile ziehen kann. Als überlassener Kundenstamm sind dabei nicht die nachgeordneten Händler anzusehen, da diese - wie die A-Händler - in das Vertriebsnetz des Herstellers eingebunden sind. Abzustellen ist deshalb nicht auf die Verkäufe des Vertragshändlers an seine nachgeordneten Händler, sondern auf die jeweiligen Geschäfte der nachgeordneten Händler mit Endkunden (Urteil des Senats vom 23.06.2006 – 19 U 170/05 -).

Der zusätzliche UPE-Umsatz für Geschäfte mit dem B-Händler J. beträgt 142.207,00 EUR. Dies ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Anlagenkonvolut K 33 (Bl. 378 ff. GA), wobei von der Liste für das letzte Vertragsjahr (Bl. 383 GA) allerdings die lfd. Nr. 2002-05 in Abzug zu bringen ist, da es sich hierbei um einen nicht berücksichtigungsfähigen Vorfürswagen handelt. Außerdem hat der Senat die unverbindliche Preisempfehlung für den Vorgang 2002-10 mangels Angabe geschätzt und anhand eines dem EK-Preis nach vergleichbaren Fahrzeugs (lfd. Nr. 2002-19 der Anlage K 7) mit 28.215,00 EUR angesetzt. Der Senat hat die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 05.12.2008 auf die fehlende UPE-Angabe zum Vorgang 2002-10 hingewiesen und die beabsichtigte Schätzung mitgeteilt. Einwendungen gegen diese Verfahrensweise sind nicht erhoben worden. Insbesondere hat keine der Parteien eine abweichende unverbindliche Preisempfehlung mitgeteilt.

b) 51

Gemäß Anlage K 7 betrug der Gesamt-VK aus Neuwagengeschäften des letzten Vertragsjahrs mit Endkunden 709.403,84 EUR, die hierfür von der Beklagten an die Klägerin ausgekehrten Prämien und Boni insgesamt 86.131,00 EUR. Der Gesamt-EK für die betreffenden Fahrzeuge betrug 659.171,83 EUR. Die berücksichtigungsfähigen Geschäfte mit der Fa. J. belaufen sich auf einer Gesamt-VK von 126.344,57 EUR und einen Gesamt-EK von 121.363,63 EUR. Prämien und Boni sind hinsichtlich der Geschäfte mit dem B-Händler nicht angefallen.

Demnach sind der Ermittlung des Rohertrags für das letzte Vertragsjahr ein Gesamt-VK von insgesamt 835.748,41 EUR, ein Gesamt-EK von insgesamt 780.535,46 EUR sowie Prämien und Boni in Höhe von 86.131,00 EUR zugrunde zu legen. Hieraus errechnet sich ein Rohertrag von 141.343,95 EUR bzw. eine Rohertragsquote von 15,6 %, die um 2,5 % für verwaltende Kostenanteile zu bereinigen ist, so dass die bereinigte Rohertragsquote 13,1 % beträgt.

4.

Umsätze, die die Klägerin aus Verkäufen von Ersatzteilen der Beklagten erzielt hat, sind nicht 55
ausgleichspflichtig gemäß § 89 b HGB, da es für diesen Geschäftsbereich an den für die
analoge Anwendung dieser Vorschrift erforderlichen Voraussetzungen fehlt. Der Senat
schließt sich insoweit den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts an. Selbst wenn man
aber der Auffassung der Klägerin so weit folgen wollte, dass das Ersatzteilgeschäft als
grundsätzlich ausgleichsfähig anzusehen und der Mehrfachkundenanteil zu schätzen sei (vgl.
Emde, GRUR 2006, Bl. 997 ff.), fehlt es hierzu jedenfalls an einer substantiiert vorgetragenen
Schätzgrundlage. Insbesondere kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden,
dass die Mehrfachkundenquote im Ersatzteilgeschäft der Mehrfachkundenquote im
Neuwagengeschäft entspricht (so Emde, aaO). Die Kaufentscheidung für ein Ersatzteil lässt
sich mit der Kaufentscheidung für einen Neuwagen schon im Ansatz nicht vergleichen. Dem
Erwerb eines Neuwagens gehen regelmäßig umfangreiche Überlegungen und Vergleiche
voraus, bei denen der Beratung seitens des Vertragshändlers besondere Bedeutung
zukommt. Darüber hinaus schafft die für den Kunden zufriedenstellende Abwicklung eines
Neuwagengeschäfts erst die Vertrauensgrundlage für nachfolgende Geschäfte, die aus dem
Erstkunden einen Stammkunden machen. Die vorgenannten Gesichtspunkte spielen im
Ersatzteilgeschäft keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Dem Erwerb eines Ersatzteils
liegt in der Regel ein konkreter Bedarf zugrunde, weshalb bei der Entscheidung für den Kauf
bei einem bestimmten Händler Praktikabilitätsgesichtspunkte im Vordergrund stehen dürften,
die von Fall zu Fall anders liegen können.

5.

56

Der UPE-Mehrfachkundenumsatz der Klägerin beläuft sich nach Maßgabe der 57
nachstehenden Ausführungen auf insgesamt 165.529,25 EUR.

a)

58

Wie sich aus dem bereits oben zitierten Urteil des Senats in der Sache 19 U 170/05 ergibt, 59
sind Verkäufe an die Fa. J. nur insoweit als Mehrfachkundengeschäfte der Klägerin zu
behandeln, wie es sich bei den Endkunden des B-Händlers um Mehrfachkunden handelt.
Dies ist nach dem Ergebnis der vom Landgericht insoweit durchgeführten Beweisaufnahme
durch schriftliche Vernehmung des Zeugen J. (Bl. 431 GA) nur hinsichtlich des Kunden C.
anzunehmen. Im Übrigen hat das Landgericht die Verkäufe an den B-Händler zu Recht
unberücksichtigt gelassen.

b)

60

Der Kunde X. O. ist unabhängig von der Frage, welche Anforderungen an die 61
verwandtschaftlichen Beziehungen zum Vorkäufer zu stellen sind, bereits deshalb nicht als
Mehrfachkunde zu berücksichtigen, weil der von der Klägerin insoweit geltend gemachte
Vorkauf unstreitig einen Vorfürswagen betraf. Die Klägerin hat zu Recht darauf hingewiesen,
dass nach der einschlägigen Rechtsprechung des Senats und des Bundesgerichtshofs
Vorfürswagen für die Berechnung des Ausgleichsan-spruchs nicht als Neuwagen zu
behandeln sind. Dies gilt nicht nur für die Frage, welche Verkaufsvorgänge des letzten
Vertragsjahres berücksichtigungsfähig sind, sondern auch für die Beurteilung des die
Mehrfachkundeneigenschaft begründenden Vorkaufs, da allein aus dem vorangegangenen
Kauf eines Vorfürwagens nicht geschlossen werden kann, dass es sich aufgrund des dann
nachfolgenden Kaufs eines Neuwagens bereits um einen Neuwagen-Stammkunden handelt.

62

c)		
Anders verhält es sich dagegen mit dem Kunden N.. Auch hier betrifft der Vorkauf innerhalb des 5-Jahres-Intervalls zwar einen Vorfürswagen. Zum einen aber hatte der Kunden N. bereits zuvor mehrfach Neuwagen bei der Klägerin gekauft. Zum anderen ist es unstrittig im Jahr 2005 erneut zum Kauf eines D--Neuwagens gekommen. In der Zusammenschau dieser Umstände teilt der Senat die Auffassung des Landgerichts, dass der Kunde N. als Mehrfachkunde zu behandeln ist.		63
6.		64
Der Gesamtprovisionsverlust, den die Klägerin durch die Beendigung des Vertragshändlervertrages erlitten hat, ist mit 108.421,65 EUR anzusetzen (13,1 % von 165.529,25 multipliziert mit 5).		65
a)		66
Bei der Ermittlung der Provisionsverluste handelt es sich um eine Prognoseberechnung, wobei im Kfz-Vertragshändlerbereich nach bislang ganz allgemeiner Auffassung ein Prognosezeitraum von 5 Jahren zugrunde zu legen ist. An diesem auch vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegten Prognosezeitraum von 5 Jahren wird festgehalten. Entgegen den Ausführungen der Klägerin hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 22.03.2006 nicht eine Verlängerung des Prognosezeitraums gefordert oder auch nur befürwortet, sondern lediglich ausgeführt, dass die Annahme eines längeren Prognosezeitraums nicht zu beanstanden sei, wenn der Tatsacheninstanz Erkenntnisse hinsichtlich einer derartigen Verlängerung des Nachkaufintervalls vorlägen. Dem Senat sind aber bisher keine greifbaren Umstände bekannt geworden, die für eine Verlängerung des der Schätzung zugrunde zu legenden Nachkaufintervalls sprechen. Derartige Umstände sind insbesondere auch von der Klägerin nicht substantiiert vorgetragen worden.		67
b)		68
Die Prognoseberechnung kann vorliegend auch ohne Bedenken in der Weise erfolgen, dass als Provisionsverlust der Klägerin der fünffache Betrag des MFK-Rohertrags des letzten Vertragsjahres angesetzt wird. Anerkannt ist nämlich, dass die Mehrfachkundenumsätze des letzten Vertragsjahres grundsätzlich ein verlässliches Bild auch bezüglich der entsprechenden Umsatzquoten aus den Vorjahren vermitteln. Soweit keine Anhaltspunkte bestehen, dass das letzte Vertragsjahr außergewöhnliche Ergebnisse gebracht hat, kann der Mehrfachkundenumsatz als repräsentativ für die vorangegangenen Jahre angesehen und zugleich auch für den Prognosezeitraum in Ansatz gebracht werden (sog. "zweite oder einfachere Berechnungsmethode", BGH, Urteil vom 26.02.1997 – VIII ZR 272/95-, zitiert nach Juris, Rz. 22 ff.). Substantiiertes Sachvortrag zu einer ungewöhnlich hohen oder niedrigen MFK-Quote im letzten Vertragsjahr liegt nicht vor.		69
7.		70
Der rechnerisch ermittelte Gesamtprovisionsverlust von 108.421,65 EUR ist aus Billigkeitsgründen gemäß § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB um insgesamt 85 % zu kürzen.		71
a)		72
Das Landgericht hat nach Maßgabe der jüngeren Rechtsprechung des Senats die Sogwirkung der Marke D- zutreffend auf 25 % geschätzt. Der Senat hat zuletzt für die Marke		73

D- in ständiger Rechtsprechung eine Sogwirkung von 25 % anerkannt (vgl. Urteile vom 31.03.2006 – 19 U 139/05 – und vom 23.06.2006 – 19 U 170/05 - und vom 11.08.2006 - 19 U 4/06 -). Es besteht kein Anlass, hiervon im Fall der Klägerin abzuweichen, denn bei der Marke D- handelt es sich um eine bekannte und gut eingeführte Marke. D--Fahrzeuge haben sich nach den Erkenntnissen des Senats in den letzten Jahren mit attraktiven neuen Modellen und nachhaltigen Verbesserungen in den für Kunden zunehmend wichtiger gewordenen Aspekten der Wirtschaftlichkeit und Umweltfreundlichkeit eine durchaus gute Marktposition verschafft. Fahrzeuge der Marke D- oder generell Fahrzeuge französischer Hersteller mögen vor Jahrzehnten mit dem Makel einer höheren Rostanfälligkeit behaftet gewesen sein. Die Klägerin hat jedoch nichts dafür dargetan, dass Fahrzeuge der Marke D- auch heute noch besonders rostanfällig sind, oder auch nur, dass ein derartiges Vorurteil im Bewusstsein der Käufer – sei es generell oder bezogen auf den Markt der Klägerin - noch nachhaltig fortwirkt. Die Behauptung der Klägerin, die Marke habe auf dem regionalen Markt Schleswig-Holstein nur eine geringere Sogwirkung, stellt sich deshalb als unbeachtliche Behauptung ins Blaue hinein dar, der nachzugehen keine Veranlassung bestand.

b) 74

Eine weitere Billigkeitskürzung gemäß § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB von insgesamt 60 % erscheint dem Senat angemessen im Hinblick darauf, dass die Klägerin ihren D--Kundenstamm nach Beendigung des Vertragshändlerverhältnisses weiter genutzt hat. Diese Weiternutzung bestand zum einen in der Fortführung eines autorisierten D--Servicebetriebs und zum anderen in der Vermittlung von D--Neuwagenfahrzeugen als Agentur der Fa. Autohaus I.. 75

aa) 76

Da die Klägerin unstreitig in unmittelbarem Anschluss an die Beendigung des Händlervertrages als autorisierte D--Vertragswerkstatt tätig geworden ist, konnte sie auch nach Vertragsende Nutzen aus ihrem Kundenstamm ziehen. Dies rechtfertigt nach Auffassung des Senats einen Billigkeitsabschlag von 10 %. 77

Grundsätzliche Bedenken gegen einen derartigen Abzug bestehen entgegen der früher hierzu von dem erkennenden Senat vertretenen Auffassung nicht. Bedenken ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass die Werkstatttätigkeit unzweifelhaft eine vom Vertrieb unabhängige, eigenständige gewerbliche Tätigkeit darstellt. Hieraus folgt zwar, dass bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers die Umsätze durch Verwertung von Ersatzteilen im Werkstattbetrieb nicht zu berücksichtigen sind. Die Bestimmung der bei Beendigung einer Vertragshändlerbeziehung gemäß § 89 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 HGB auszugleichenden Verluste ist aber zu unterscheiden von der auf der Billigkeitsebene gemäß § 89 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB zu untersuchenden Frage, ob und inwieweit der vormalige Vertragshändler bei Fortsetzung eines Servicebetriebs nach Ende des Vertragshändlerverhältnisses den selbst geschaffenen Kundenstamm weiterhin nutzen kann. Der Anspruch nach § 89 b HGB analog gewährt dem Vertragshändler einen Ausgleich dafür, dass er einen Kundenstamm geschaffen hat, den er im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung dem Hersteller zur Nutzung überlässt und dadurch in den Folgejahren Nachteile erleidet, während der Hersteller entsprechende Vorteile ziehen kann. In Fällen, in denen der Vertragshändler – wie vorliegend die Klägerin – in unmittelbarem Anschluss an das Ende des Händlervertrages einen Servicebetrieb für die betreffende Marke fortführt, bleiben ihm jedoch – für diese anderweitige Geschäftstätigkeit - die im Zusammenhang mit den Neuwagenverkäufen geschaffenen Kundenbeziehungen für eine gewisse Zeit und in einem gewissen Umfang erhalten. Nach der Lebenserfahrung wird nämlich ein Teil der 78

vormaligen Neuwagenkunden dem fortgeführten Servicebetrieb jedenfalls noch eine Zeitlang treu bleiben und dort Wartungs-, Garantie- und Reparaturarbeiten vornehmen lassen. Mit Rücksicht darauf, dass diese Vorteile rasch abnehmen dürften, ist der hierfür zu veranschlagende Billigkeitsabzug aber gering zu bemessen und nach der Einschätzung des Senats im Regelfall bei ca. 10 % anzusiedeln (vgl. Urteil des Senats vom 30.01.2009 – 19 U 63/08 -; OLG Frankfurt, Urteil vom 01.02.2006 – 21 U 21/05 –, zitiert nach Juris, und OLG Celle, OLGR 2001, 318 ff., haben bei Weiterführung eines Servicebetriebes ebenfalls geringfügige Billigkeitsabzüge anerkannt).

bb) 79

Für die Vermittlung von Neuwagen als autorisierte D--Agentur muss die Klägerin einen deutlichen Billigkeitsabschlag gemäß § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB hinnehmen, den der Senat mit 50 % bemisst. 80

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Konkurrenzfähigkeit nach Vertragsbeendigung anspruchsmindernd berücksichtigt werden kann (BGH WM 1981, 817 ff.; BGH ZIP 1996, 1294 ff.). Dies muss auch dann gelten, wenn der frühere Vertragshändler seinen alten Kundenstamm in der Weise nutzt, dass er die vormalig von ihm als Händler vertriebene Marke nunmehr vermittelt und hierdurch Einkünfte erzielt. 81

Dabei ist der Wert der Weiternutzung des Kundenstamms für den vormaligen Vertragshändler höher einzuschätzen, wenn er nachfolgend Fahrzeuge derselben Marke vermittelt als wenn er auf eine andere Marke "umsteigt", von der er seinen erworbenen Kundenstamm erst überzeugen muss. Allerdings ist der Klägerin zuzustimmen, dass in diesem Fall – im Vergleich zum nachfolgenden Vertrieb einer anderen Marke – auf der anderen Seite auch dem Hersteller größere Vorteile verbleiben. 82

Die Klägerin ist den von der Beklagten vorgetragene Zahlen zu Verkäufen im Rahmen der Vermittlungstätigkeit nicht entgegen getreten, so dass auch das Landgericht diese Zahlen zutreffend als unstreitig zugrunde gelegt hat. Nicht bekannt ist allerdings, in welchem Umfang es sich dabei um Geschäfte mit Kunden handelt, die die Klägerin bereits als vormalige Vertragshändlerin erworben hatte und die allein für die Bemessung eines Billigkeitsabschlages von Interesse sind. 83

Unstreitig ist außerdem, dass nach dem Inhalt des Agenturvertrags die Fa. Autohaus I. die ihr gewährten Prämien und Boni, aus denen sich erfahrungsgemäß der eigentliche Gewinn des Vertragshändlers ergibt, an die Klägerin weiterzugeben hatte. Der Einwand der Klägerin, dass ihr "von der Beklagten" im Rahmen ihrer Agenturtätigkeit keine Prämien und Boni zugeflossen seien, liegt neben der Sache, da die Weiterleitung nach dem Agentur-Vertrag durch den Haupthändler erfolgen sollte und dies angesichts fehlender unmittelbarer Vertragsbeziehungen mit der Beklagten auch die einzig mögliche Konstruktion war. 84

Insgesamt folgt aus den Vergütungskonditionen und dem Erfolg ihrer Vermittlungstätigkeit zur Überzeugung des Senats, dass die Klägerin in ganz erheblichem quantitativen Maße und mit vergleichbarem wirtschaftlichen Ergebnis im Rahmen des Agenturvertrages von der Weiternutzung ihres Kundenstamms profitieren kann und dies auch schon bei Ende des Vertragshändlerverhältnisses absehbar war, da die betreffenden Verträge zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin als Vermittlerin aus den von ihr dargelegten Gründen Schwierigkeiten bei der dauerhaften Bindung ihres Kundenstamms befürchten muss und außerdem der unmittelbaren Konkurrenz ihres Haupthändlers ausgesetzt ist. Im Hinblick hierauf sowie die Ungewissheiten 85

hinsichtlich der Stammkundenquote im Vermittlungsgeschäft der Klägerin hält der Senat für die Vermittlungstätigkeit vorliegend einen Billigkeitsabschlag von 50 % für angemessen.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Klägerin, die Weiternutzung des Kundenstamms sei gänzlich irrelevant oder die Vornahme eines Billigkeitsabzugs verstoße gar gegen § 90 a HGB in Verbindung mit Art. 12 GG. § 90 a HGB regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen im Handelsvertreterverhältnis Beschränkungen des nachvertraglichen Wettbewerbs zulässig sind. Für die Frage, in welchem Umfang ein ehemaliger Vertragshändler, der den erworbenen Kundenstamm nach Vertragsende weiter nutzt und hieraus entgegen der Grundannahme des § 89 b HGB noch Vorteile zieht, sich einen Billigkeitsabschlag von dem ihm grundsätzlich zur Abgeltung seiner Provisions- bzw. Vergütungsverluste zustehenden Ausgleichsanspruch gefallen lassen muss, lässt sich aus § 90 a HGB nichts herleiten.

8. 87

Im Überblick ergibt sich demnach gemäß § 89 b Abs. 1 HGB folgende Berechnung: 88

UPE-Umsatz netto 906.003,62 EUR 89

VK-Umsatz netto 835.748,41 EUR 90

EK-Umsatz netto 780.535,46 EUR 91

Prämien/Boni letztes Vertragsjahr 86.131,00 EUR 92

Rohertrag (VK + Boni – EK) 141.343,95 EUR 93

Rohertrag in % 15,6 % 94

bereinigte Provision (abzgl. 2,5 %) 13,1 % 95

UPE-Umsatz Mehrfachkunden 165.529,25 EUR 96

MFK-Quote letztes Vertragsjahr 18,27 % 97

MFK letztes Vertragsjahr (13,1 % 98

von 165.529,25 EUR) 21.684,33 EUR 99

multipliziert mit 5 108.421,65 EUR 108.421,65 EUR 100

abzgl. Billigkeitsabschlag 85 % 16.263,25 EUR 101

(25 % Sogwirkung und insgesamt 60 % 102

Weiternutzung Kundenstamm) 103

Abzinsung nach Gillardon 104

(Nennbetrag : 60 x 52,9907) 14.363,35 EUR 105

zzgl. 16 % UStG **16.661,49 EUR** 106

9. 107

Eine Begrenzung dieses nach § 89 b Abs. 1 HGB errechneten Ausgleichsanspruch gemäß § 108
89 b Abs. 2 HGB findet nicht statt.

Nach den von der Klägerin als Anlagen K 26 ff. vorgelegten Unterlagen, korrigiert um die von 109
der Beklagten geltend gemachten Vorfürwagungsverkäufe (vgl. Bl. 291 GA), die sich
ausweislich der vorliegenden Unterlagen (Bestellungen und Rechnungen gemäß
Anlagenkonvoluten K 26 ff, gesonderte Ordner) als zutreffend erwiesen haben, hat die
Klägerin in den letzten 5 Vertragsjahren folgende Roherträge erzielt:

- Letztes Vertragsjahr 86.131,00 EUR 110
- Vorletztes Vertragsjahr 81.049,09 EUR
- Drittleztes Vertragsjahr 111.742,59 EUR
- Viertletztes Vertragsjahr 116.919,56 EUR
- Fünftletztes Vertragsjahr 123.475,27EUR

Hieraus ergibt sich als Kappungsgrenze gemäß § 89 b Abs. 2 HGB ein Durchschnittswert von 111
103.863,50 EUR, der weit über dem errechneten Ausgleichsanspruch liegt.

10. 112

Hinsichtlich der Zinsentscheidung des Landgerichts hat die Berufung der Klägerin Erfolg, 113
soweit sie sich gegen die Entscheidung zur Höhe der Verzugszinsen wendet. Da es sich
nämlich bei dem Vertragshändlerverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis im Sinne des Art.
229 § 5 S. 2 EGBGB handelt, ist ab dem 01.01.2003 das BGB in der nunmehr geltenden
Fassung anzuwenden, so dass die Klägerin gemäß § 288 Abs. 2 BGB auf den ihr
zustehenden Ausgleichsanspruch ab dem Verzugseintritt am 31.05.2003 Verzugszinsen in
Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz beanspruchen kann.

III. 114

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 Abs.1 ZPO. 115

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 116

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit 117
seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes ab noch hat die
Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

IV. 118

Streitwert für das Berufungsverfahren: 119

144.290,22 EUR 120

(Berufung: 122.660,22 EUR; Anschlussberufung: 21.629,93 EUR) 121