

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers in der Kfz-Branche gemäß § 89b HGB analog unter Berücksichtigung der neuesten BGH-Judikatur

I N H A L T

| | |
|---|----|
| I. Der vom Vertragshändler geworbene Kundenstamm | 2 |
| 1. Die Ermittlung von Stammkunden | 2 |
| 2. Die Nichtberücksichtigung von Einmalkunden | 2 |
| a) Der relevante Zeitraum | 2 |
| b) Der frühere Altkunde | 2 |
| c) Das Moment der Dauerhaftigkeit | 2 |
| 3. Einmalkunden | 3 |
| 4. Zwischenergebnis | 3 |
| II. Die »werbende« Tätigkeit des Vertragshändlers als Ausgangspunkt der BGH-Judikatur – § 89b HGB Abs. 1 Nr. 2 HGB | 3 |
| 1. Die Ausgangsentscheidung des BGH vom 11. 12. 1958 (BGHZ 29 S. 83 ff. = DB 1958 S. 1457) | 4 |
| 2. Die Entwicklung der BGH-Judikatur zum Kriterium der »werbenden« Tätigkeit | 4 |
| 3. Der »Begriff« des Handelsvertreters | 4 |
| a) Das Argument der Kausalität | 5 |
| b) Das Argument betriebswirtschaftlicher Kostenveranlassung | 5 |
| 4. Der vom BGH anerkannte »Händlereinfluß« (BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877) | 5 |
| 5. Die zutreffende Berechnungsmethode | 6 |
| a) Unstrittige Provisionsverluste | 6 |
| b) Strittige Provisionsverluste | 6 |
| c) Der Werkstattbereich | 7 |
| d) Zwischenergebnis | 8 |
| 6. Der Prognosezeitraum | 8 |
| III. Billigkeitserwägungen gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB | 8 |
| IV. Abzinsung – Mehrwertsteuer | 9 |
| V. Das Ersatzteilgeschäft | 9 |
| 1. Die Begründung des BGH | 9 |
| 2. Die Auffassung von Horn | 9 |
| 3. Eigene Auffassung | 9 |
| a) Die BGH-Judikatur zur Bezugs- und Verwendungsbindung bei Kfz-Ersatzteilen | 9 |
| b) Schlußfolgerung | 9 |
| 4. Zwischenergebnis | 10 |
| 5. Berechnungsfragen | 10 |
| VI. Provisionsverluste aus Umsätzen mit Untervertretern | 11 |
| 1. Die Auffassung des BGH | 11 |
| 2. Die Auffassung von Horn | 11 |
| 3. Eigene Auffassung | 11 |
| 4. Schlußfolgerung | 12 |

In zwei neuen Entscheidungen hat der BGH¹⁾ zu wesentlichen Fragen Stellung genommen, wie der Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB in der Kfz-Branche zu berechnen ist. Horn²⁾ hat diese Entscheidung zum Anlaß genommen, verschiedene in diesem Zusammenhang immer wieder auftretende Einzelfragen zu vertiefen. Gegenstand dieser Abhandlung ist der Versuch, unter Berücksichtigung praktischer Detailfragen eine weitere grundsätzliche Antwort zu finden, wie der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers in der Kfz-Branche in analoger Anwendung von § 89b HGB zu berechnen ist. Auf die Fragen, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsprechung die Analogie von § 89b HGB bejaht, soll hier nicht näher eingegangen werden³⁾.

I. Der vom Vertragshändler geworbene Kundenstamm

Gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB ist der dem Handelsvertreter zustehende Ausgleichsanspruch zunächst dadurch zu ermitteln, daß die vom Handelsvertreter zugunsten des Unternehmers geworbenen neuen Kunden festgestellt werden – vorausgesetzt, daß der Unternehmer auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages aus der so vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsverbindung noch erhebliche Vorteile hat. Für die analoge Anwendung von § 89b HGB auf Vertragshändlerverträge gilt nichts anderes⁴⁾.

1. Die Ermittlung von Stammkunden

Der BGH⁵⁾ hat die Berechnung der vom Vertragshändler geworbenen Stammkunden im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB nicht beanstandet, die in Listen aufgeführt waren. Das LG⁶⁾ hatte hierzu folgende Berechnungsmethode entwickelt: Die vom Vertragshändler vorgelegte Kundenliste wurde darauf geprüft, wieviel Einmal- und wieviel Mehrfachkunden vom Vertragshändler während der letzten fünf Vertragsjahre erworben wurden. Dieser Methode lag folgende konkrete Berechnung zugrunde: Für das Jahr 1976 ermittelte das LG Köln⁷⁾ 190 Kunden, die vom betreffenden Vertragshändler erstmals ein Kfz erworben hatten. Für die nachfolgenden Vertragsjahre (1977 – 1981) stellte das LG fest, daß 51 dieser Kunden in den folgenden Jahren erneut ein Kfz bei dem betreffenden Vertragshändler gekauft hatten (26,8%). Für das Jahr 1977 ermittelte das Gericht 129 Neuwagenkäufer; 53 dieser Käufer (41%) kauften in den Folgejahren (1978 – 1981) erneut ein Kfz. Im Jahr 1978 waren es 75 Neukunden; 17 dieser Neukunden (22,6%) kauften in den Folgejahren (1979 – 1981) erneut ein Kfz. Für das Jahr 1979 wurden 9 Neukunden ermittelt (12%), die in den Folgejahren wieder ein Kfz bei dem betreffenden Vertragshändler erwarben. Für das Jahr 1980 waren es fünf (6,6%) und im Jahr 1981 vier (5,3%), die als Mehrfachkunden zu registrieren waren.

Unter Berücksichtigung der allgemein bekannten Tatsache, daß ein Privatkäufer etwa alle vier bis fünf Jahre ein Neufahrzeug kauft, errechnete das LG Köln, daß für den Durchschnitt der Vertragszeit die vom betreffenden Vertragshändler geworbenen Neukunden zu 30% als Stammkunden zu qualifizieren waren. Diese Berechnungsmethode hat der BGH⁸⁾ nicht angegriffen.

2. Die Nichtberücksichtigung von Einmalkunden

Der BGH⁹⁾ hat als Stammkunden – unter Berücksichtigung der vorangestellten Berechnungsmethode des LG Köln¹⁰⁾ – nur die Mehrfachkunden akzeptiert, die der Vertragshändler »selbst erworben« hatte. Deshalb fallen auch solche Einmalkunden für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB aus, die früher oder später ein Kfz der gleichen Marke bei einem anderen Vertragshändler erworben haben, während der letzten fünf Jahre aber Einmalkunden des klagenden Vertragshändlers waren.

Dieses Ergebnis ist unter Berücksichtigung der Typizität gewöhnlicher Handelsvertreter Tätigkeit sicherlich richtig. Denn der von einem Handelsvertreter geworbene Kunde wird in der Regel nicht von einem anderen Handelsvertreter der gleichen Marke zu einem anderen »abgesprungen« sein. Hin und wieder mag dies – z. B. als Folge eines Wohnungswechsels – zwar in Betracht kommen; doch diese Fälle sind selten. Hingegen liegen die Verhältnisse in der Kfz-Branche anders. Gerade wenn man von einer durchaus vorhandenen Markentreue der Kundschaft – abhängig freilich von dem jeweiligen Fabrikat – ausgeht, entspricht es der Lebenserfahrung: Beim Kauf einen neuen Kfz ist

der Privatmann regelmäßig bemüht, für seinen Gebrauchtwagen optimale Konditionen zu erzielen. Da die Mehrzahl der Kfz-Hersteller/Importeure ein sehr dichtes Händlernetz unterhält, ist es für den Privatmann daher ein leichtes, sich Konkurrenzangebote von verschiedenen Vertragshändlern der gleichen Marke einzuholen, um dann das günstigste zu wählen. Geht man von diesem Sachverhalt aus, so ist in zweifacher Hinsicht fraglich, ob die vom BGH vorgenommene Beschränkung – der Ausgleichsanspruch bezieht sich danach nur auf die Mehrfachkunden, die der Vertragshändler »selbst erworben hat«¹¹⁾ – zutreffend ist.

a) Der relevante Zeitraum

In ständiger Judikatur¹²⁾ hat der BGH darauf abgestellt, daß es im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB entscheidend darauf ankommt, ob der Hersteller – nach Beendigung des Vertragshändlervertrages – in die Lage versetzt wird, den »Kundenstamm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter zu nutzen«. Diese Nutzungsmöglichkeit liegt sicherlich immer vor, wenn es sich um einen Einmalkunden des klagenden Vertragshändlers handelt, der während der für § 89b Abs. 2 HGB relevanten fünfjährigen Vertragszeit bei einem anderen Vertragshändler des gleichen Fabrikats ein weiteres Kfz erwirbt. Denn insoweit liegen allemal die Voraussetzungen von § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB vor: Danach ist ein »Altkunde« dem jeweiligen Handelsvertreter dann als Neukunde im Sinn von § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB zuzurechnen, wenn als Folge der Vermittlungsbemühungen des Handelsvertreters eine wesentliche Umsatzsteigerung bewirkt wird¹³⁾. Diese Voraussetzungen sind wegen des hohen Erwerbspreises eines durchschnittlichen Kfz (DM 15 000,- bis DM 20 000,-) erfüllt, wenn im Sinn einer (analogen) Anwendung von § 89b HGB Abs. 1 Satz 2 HGB der Nachweis erbracht wird, daß ein vom betreffenden Vertragshändler geworbener Einmalkunde während der letzten fünf Vertragsjahre im Sinn von § 89b Abs. 2 HGB zuvor bereits bei einem anderen Vertragshändler des gleichen Fabrikats Kunde war. Dann ist er als »Altkunde« dem jeweiligen Hersteller/Importeur zuzurechnen. Er ist ja – per Saldo – Mehrfachkunde. Deshalb kann auch der Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB auf diesen vom betreffenden Vertragshändler geworbenen Einmalkunden gestützt werden.

b) Der frühere Altkunde

Unter der Perspektive von § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB kann auch dann nichts anderes gelten, wenn der Nachweis erbracht wird, daß ein vom betreffenden Vertragshändler geworbener Einmalkunde vor Beginn der letzten fünf Vertragsjahre im Sinn von § 89b Abs. 2 HGB ein »Altkunde« des betreffenden Herstellers/Importeurs war¹⁴⁾. Jeder neue Vertragsabschluß mit einem derartigen »Altkunden« ist ja, wie erwähnt, im Sinn von § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB wegen des hohen Preises eines durchschnittlichen Kfz als wesentliche Umsatzsteigerung (DM 15 000,- bis DM 20 000,-) anzusehen. Dabei ist stets im Auge zu behalten, daß Akquisition und Vertragsabschluß mit jedem Kunden dem Vertragshändler aufgrund der von ihm ausgehenden »Mitursächlichkeit«¹⁵⁾ zuzurechnen sind; seine Tätigkeit als Absatzmittler ist notwendige Voraussetzung dafür, daß eine »Geschäftsverbindung« im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zustande kommt¹⁶⁾.

c) Das Moment der Dauerhaftigkeit

In allen zuvor angesprochenen Fällen ist auch das für § 89b Abs. 1 HGB erforderliche Element der Dauerhaftigkeit gegeben. Denn bei langlebigen Wirtschaftsgütern¹⁷⁾ – und dazu zählt ein Kfz – reicht es aus,

¹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383; BGH, 2. 7. 1987 – I ZR 189/85.

²⁾ ZIP 1988 S. 137 ff.

³⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877; BGH, ZIP 1987 S. 1383 f.

⁴⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2878; BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

⁵⁾ ZIP 1987 S. 1383, 1386.

⁶⁾ LG Köln – 88 O 100/82.

⁷⁾ LG Köln, a.a.O. – S. 10.

⁸⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

⁹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

¹⁰⁾ LG Köln, a.a.O.

¹¹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

¹²⁾ BGHZ 68 S. 340, 343, DB 1977 S. 860; BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819; BGH, DB 1983 S. 2083 = NJW 1983 S. 1789.

¹³⁾ Vgl. BGH, DB 1971 S. 1298.

¹⁴⁾ Vgl. Küstner/von Manteuffel, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 5. Aufl., Rdnr. 180.

¹⁵⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁶⁾ BGH, a.a.O.

¹⁷⁾ OLG Frankfurt, BB 1973 S. 212 – Küchengeräte; OLG Hamm, DB 1979 S. 304 – Möbelhandel.

wenn die Tätigkeit des ausgleichsberechtigten Vertragshändlers »mitursächlich« für den Abschluß eines neuen Vertrages ist¹⁸⁾. Selbst wenn nur die »Aussicht«¹⁹⁾ besteht, daß in den Folgejahren neue Geschäfte getätigt werden²⁰⁾, ist das für die Geschäftsverbindung im Sinn des § 89b Abs. 1 HGB erforderliche Moment der Dauerhaftigkeit zu bejahen. Wird der nach dem zuvor Gesagten notwendige Nachweis erbracht – z. B. durch Vorlage entsprechender Gebrauchtwagen-Kaufverträge des gleichen Fabrikats –, so ist nach Auffassung des BGH für die Schaffung des Kundenstamms im Sinn von § 89b HGB die Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Vertragshändlers ausreichend²¹⁾. Bei der Entscheidung über den Kauf eines Neufahrzeugs ist nämlich nicht zuletzt auch die Werbung des Vertragshändlers »einschließlich seiner Betreuung und seiner Serviceleistungen«²²⁾ nicht völlig ohne Belang. Daraus folgt: Ist im Sinn der vorstehenden Ausführungen der Nachweis erbracht worden, daß ein bestimmter Einmalkunde bereits ein »Altkunde« des jeweiligen Herstellers/Importeurs ist, so spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß die erbrachten Leistungen des betreffenden Vertragshändlers beim erneuten Vertragsabschluß Anlaß dafür sind, auch solche Einmalkunden dem »Kundenstamm« im Sinn von § 89b HGB zuzuweisen, die nicht als Mehrfachkunden vom betreffenden Vertragshändler »selbst erworben«²³⁾ sind.

3. Einmalkunden

Der BGH²⁴⁾ hatte bislang keine Gelegenheit, sich abschließend zur Frage zu äußern, ob wegen der Besonderheiten der Kfz-Branche auch Einmalkunden zu dem vom Vertragshändler erworbenen »Kundenstamm« im Sinn von § 89b HGB zählen. Daran ist unter Berücksichtigung früherer Ausführungen^{24a)} entgegen den Darlegungen von *Hollmann*²⁵⁾ im Ergebnis festzuhalten. Richtig ist sicherlich die Argumentation von *Hollmann*²⁶⁾ insoweit, als er darauf hinweist, daß als »Stammkunde« im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB nur derjenige vom Händler geworbene Einmalkunde/Neukunde angesehen werden kann, der dem betreffenden Hersteller/Importeur weitere Vorteile bringt. Soweit allerdings *Hollmann*²⁷⁾ darauf abhebt, daß dieser Einmalkunde/Neukunde beim betreffenden Hersteller/Importeur »auch nachbestellen« muß, ist dies unter Berücksichtigung des in der Judikatur und Literatur vertretenen Meinungsstandes verfehlt.

Daß ein Kfz ein langlebiges Wirtschaftsgut ist, steht außer Streit. Diese Tatsache ist jedoch für sich allein genommen keineswegs geeignet, das Entstehen einer »Geschäftsverbindung« im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zu verneinen²⁸⁾. Entscheidend ist vielmehr, ob nach dem Inhalt der Kundenbeziehung – unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Kfz-Branche – mit weiteren Aufträgen des neuen Kunden überhaupt gerechnet werden kann²⁹⁾. So gesehen ist es, wie bereits kurz angedeutet, ausreichend, ob eine entsprechende »Aussicht« besteht, daß in den Folgejahren – gerade wegen der Langlebigkeit eines Kfz – überhaupt Folgegeschäfte getätigt werden³⁰⁾.

Diesen dogmatischen Ansatzpunkt teilt auch *Hollmann* in der Sache³¹⁾. Kategorisch fügt er jedoch dann hinzu, daß diese Kriterien vom Einmalkunden nicht erfüllt werden³²⁾. Unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur³³⁾ kommt es indessen maßgebend darauf an, »daß bei der Entscheidung über den Kauf eines Neufahrzeugs neben der Marke auch die Werbung des Vertragshändlers einschließlich seiner Betreuung und seiner Serviceleistungen eine nicht völlig bedeutungslose Rolle« spielen. Dies ist der vom BGH für die Schaffung eines Kundenstamms in der Kfz-Branche zu Recht apostrophierte »Händlerinfluß«³⁴⁾. Daran anknüpfend ist es deshalb entscheidend, ob die vom Vertragshändler erworbenen Einmalkunden durch die dem Kaufvertrag nachfolgenden Betreuungs- und Serviceleistungen so eng an ihn gebunden worden sind, daß begründete Aussicht besteht, sie würden aus diesem Grund auch den Neukauf ihres Kfz beim betreffenden Vertragshändler nach Beendigung des Vertragshändlervertrages tätigen. Anders gewendet: Der vom BGH festgestellte »Händlerinfluß«³⁵⁾ dokumentiert sich nicht nur im Hinblick auf den von ihm geschaffenen Kundenstamm darin, daß die von ihm erworbenen Kunden – als Mehrfachkunden – Neuwagen geschäfte abschließen. Vielmehr ist es – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – durchaus nicht selten so, daß vom Vertragshändler geworbene Einmalkunden aufgrund der händlerspezifischen Betreuungs- und Serviceleistungen so sehr an ihn gebunden werden, daß sie als Teil des Kundenstamms im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zu werten sind, weil und soweit die begründete »Aussicht«³⁶⁾ besteht, daß ein Folgegeschäft getätigt wird.

*Hollmann*³⁷⁾ ist allerdings insoweit Recht zu geben, als der allgemeine Schluß: Jeder Einmalkunde sei aufgrund der Besonderheiten der Kfz-Branche unter Berücksichtigung des jeweiligen »Händlerinflusses«³⁸⁾

als Stammkunde einzuordnen, verfehlt ist. Anerkennt man indessen mit dem BGH³⁹⁾ – und dies ist die dogmatisch maßgebende Position – den für die Entstehung des Kundenstamms im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB mitursächlichen »Händlerinfluß«⁴⁰⁾ aufgrund der von ihm entfaltenden Betreuungs- und Servicefunktionen, so bietet § 287 ZPO einen ausreichenden Ansatz, eine richterliche Schätzung vorzunehmen. Dabei erscheint es sachgerecht und auch der Lebenserfahrung entsprechend, an die Quote anzuknüpfen, welche die aufgrund des »Händlerinflusses«⁴¹⁾ festgestellte Kundentreue für Mehrfachkunden belegt. Beträgt diese – wie vom LG Köln^{41a)} für den vom BGH entschiedenen Fall⁴²⁾ festgestellt^{42a)} – 30%, so ist es realistisch, im Hinblick auf die Einmalkunden und den insoweit maßgebenden »Händlerinfluß«⁴³⁾ einen prozentualen Abschlag zu wählen, der etwa zwischen 30% bis 50% der Quote liegt, die für die Mehrfachkunden ermittelt wurde.

4. Zwischenergebnis

In der Kfz-Branche genügt der Vertragshändler seiner Darlegungs- und Beweispflicht im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB, wenn er unter Berücksichtigung der letzten fünf Vertragsjahre gemäß § 89b Abs. 2 HGB den Nachweis erbringt, welche seiner Kunden während dieses Zeitraums als Mehrfachkunden erworben worden sind. Hinzuzurechnen sind die vom Vertragshändler erworbenen Einmalkunden, die insoweit als »Altkunden« im Sinn von § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB zu qualifizieren sind, als sie zuvor entweder während der letzten fünf Vertragsjahre bei einem anderen Vertragshändler bereits ein Kfz der gleichen Marke käuflich erworben oder als »Altkunde« während des Zeitraums von § 89b Abs. 2 HGB einen neuen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Mit einer Quote von $\frac{1}{3}$ bis $\frac{1}{2}$ der für Mehrfachkunden errechneten Quote sind auch diese Einmalkunden dem nach § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB ausgleichspflichtigen Kundenstamm hinzuzurechnen. So kann der vom BGH als erheblich angesehene »Händlerinfluß«⁴⁴⁾ im Hinblick auf die vom Vertragshändler ausgeübten Betreuungs- und Serviceleistungen angemessen und interesselgemäß berücksichtigt werden, da ja unter Berücksichtigung von § 287 ZPO »Aussicht«⁴⁵⁾ besteht, daß diese Einmalkunden künftig erneut ein Kfz der gleichen Marke erwerben.

II. Die »werbende« Tätigkeit des Vertragshändlers als Ausgangspunkt der BGH-Judikatur – § 89b HGB Abs. 1 Nr. 2 HGB

Es ist von ganz entscheidender Bedeutung, daß der BGH in seinen beiden Urteilen vom 2. 7. 1987⁴⁶⁾ erstmals für den Bereich des Kfz-Ver-

¹⁸⁾ OLG Hamm, a.a.O.

¹⁹⁾ OLG Frankfurt, a.a.O.

²⁰⁾ Vgl. auch *Ahle*, DB 1973 S. 1703.

²¹⁾ BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819, 2820; BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²²⁾ BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819, 2820.

²³⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

²⁴⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383; BGH, 2. 7. 1987 – I ZR 189/85.

^{24a)} *Graf von Westphalen*, DB-Beilage Nr. 24/84 S. 13.

²⁵⁾ BB 1985 S. 1023 ff.

²⁶⁾ BB 1985 S. 1023, 1031.

²⁷⁾ A.a.O.

²⁸⁾ OLG Frankfurt, BB 1973 S. 212; OLG Hamm, DB 1979 S. 304; *Küstner/von Mantuffel*, a.a.O., Rdnr. 190.

²⁹⁾ *Schlegelberger/Schröder*, § 89b Rdnr. 6d.

³⁰⁾ *Ahle*, DB 1973 S. 1703; *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 13.

³¹⁾ BB 1985 S. 1023, 1032.

³²⁾ BB 1985 S. 1023, 1032.

³³⁾ BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819, 2820; BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

³⁴⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

³⁵⁾ *Ahle*, DB 1983 S. 1703.

³⁶⁾ BB 1985 S. 1023, 1032.

³⁷⁾ BB 1985 S. 1023, 1032.

³⁸⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

³⁹⁾ BGH, a.a.O.

⁴⁰⁾ BGH, a.a.O.

⁴¹⁾ BGH, a.a.O.

^{41a)} LG Köln – 88 0 100/82.

⁴²⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383.

^{42a)} S. 10 f.

⁴³⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

⁴⁴⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

⁴⁵⁾ *Ahle*, DB 1983 S. 1703.

⁴⁶⁾ ZIP 1987 S. 1383; BGH, 2. 7. 1987 – I ZR 189/85.

tragshändlerrechts die Höhe des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB analog danach beurteilt, ob eine »werbende« oder eine »verwaltende« Tätigkeit des betreffenden Vertragshändlers vorlag⁴⁷⁾. Denn nach Auffassung des BGH ist lediglich die »werbende« Tätigkeit des Vertragshändlers sowie die darauf entfallende »Provision« Gegenstand des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB analog. Bezogen auf das Begriffselement der »nicht werbenden« Tätigkeit hat bereits *Horn*⁴⁸⁾ festgestellt, dieser Terminus sei »schwierig« zu bestimmen, weil dieser Begriff – so *Horn* – »offenbar« nicht als Tätigkeit zu verstehen ist, die auf die »Erzielung von Umsätzen« gerichtet ist, sondern auf »die Gewinnung von Stammkunden« bezogen oder als »sonstwie einschränkender Begriff«⁴⁹⁾ zu verstehen ist. Gleichwohl hat der BGH in den beiden Urteilen vom 2. 7. 1987⁵⁰⁾ – verkürzt bewertet – einen Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB für den Bereich des Ersatzteilgeschäfts sowie für die Einschaltung von Unterorganisations-Service-Partnern des betreffenden Vertragshändlers abgelehnt, wobei – dies sei schon jetzt festgehalten – die Begründung in den Einzelheiten durchaus differiert. Dies läßt es angeraten erscheinen, unter Berücksichtigung der Ausgangsentscheidung des BGH vom 11. 12. 1958⁵¹⁾ der Frage im einzelnen nachzugehen, welche Abgrenzungskriterien der BGH – bezogen auf den Bereich des Handelsvertreters – für die Begriffe »werbende« und »verwaltende« Tätigkeit.

1. Die Ausgangsentscheidung des BGH vom 11. 12. 1958 (BGHZ 29 S. 83 ff. = DB 1958 S. 1457)

Es ist von hoher Bedeutung, daß der BGH in seinen beiden Urteilen vom 2. 7. 1987⁵²⁾ auf seine Ausgangsentscheidung vom 11. 12. 1958⁵³⁾ nicht mehr zurückkommt. Indessen betraf diese Entscheidung einen typischen Vertragshändlervertrag: Unter Berücksichtigung einer »Gesetzesanalogie«⁵⁴⁾ hat der BGH im einzelnen die Voraussetzungen für eine »entsprechende Anwendung«⁵⁵⁾ von § 89b HGB dahin umschrieben, daß der Vertragshändler den »von ihm erworbenen Kundenstamm dem Fabrikanten zur weiteren Nutzung überläßt und ihm dadurch einen Vermögenswert verschafft, den er sonst nicht hätte.«⁵⁶⁾

Ungeachtet der Tatsache, daß – wirtschaftlich gewertet – der dem Vertragshändler gewährte »Rabatt zum Teil die Stelle einer Provision«⁵⁷⁾ einnimmt, stellt der BGH die Forderung, der Vertragshändler müsse »insoweit, als die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in Rede steht, auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt werden.«⁵⁸⁾ Demzufolge ist »bei einer entsprechenden Anwendung des § 89b HGB für die Berechnung der Höhe (des Ausgleichsanspruchs) nur der Teil des Rabatts zugrunde« zu legen, »der für Leistungen gewährt wird, wie sie vom Handelsvertreter üblicherweise erbracht werden.«⁵⁹⁾ Zur Konsequenz hat dies, daß der Teil des dem Vertragshändler zufließenden Rabatts unberücksichtigt bleibt, der »zum Beispiel die Vergütung für die Tragung des Absatzrisikos mit Lagerisiko, des Risikos der Preisschwankungen und des Kreditrisikos sowie der Gegenwert für die Tragung der sonstigen Kosten des Absatzes«⁶⁰⁾ umschließt.

Für die Praxis konnte man aus dieser Schlußfolgerung des BGH ableiten, daß bestimmte – betriebswirtschaftlich umschriebene Aufwand- und Kostenpositionen – aus dem Gesamtrabatt des Vertragshändlers ausscheiden müssen, um so das »Niveau des Handelsvertreters«⁶¹⁾ zu erreichen. Deshalb stellt sich die Frage, daß die nunmehr⁶²⁾ vorgenommene Distinktion zwischen »werbender« und »nicht-werbender« Tätigkeit des Vertragshändlers zu anderen Ergebnissen zwingt, weil nunmehr anstelle der betriebswirtschaftlichen Kategorisierung eine mehr juristisch-dogmatische Differenzierung vorgenommen worden ist.

2. Die Entwicklung der BGH-Judikatur zum Kriterium der »werbenden« Tätigkeit

Ausgangspunkt aller hier anzustellenden Erwägungen ist das Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 4. 5. 1959⁶³⁾. Diese Entscheidung – und dies muß unterstrichen werden – bezieht sich auf den Ausgleichsanspruch eines Versicherungsververtreters: Ausgehend von der nach § 84 Abs. 1 HGB umschriebenen – eigentlichen – Aufgabe des Handelsvertreters stellt der BGH fest:

»Es können ihm (dem Handelsvertreter) durch den Vertretervertrag freilich noch weitere Aufgaben zugeteilt werden, wie das Einziehen der dem Unternehmer vom Kunden geschuldeten Beträge, die Unterhaltung oder Verwaltung eines Lagers oder einer Werkstatt, die Zuführung und Auslieferung von Waren an Kunden oder auch das Einstehen für Verbindlichkeiten aus seinem Geschäft (§ 86b HGB). Hierbei handelt es sich aber um Aufgaben, die an sich dem Unternehmer selbst obliegen und die für den Handelsvertreter zusätzliche Aufgaben darstellen, die für den Begriff des Handelsvertreters nicht wesentlich sind. Für die Schaffung eines Kundenstamms sind sie nicht ausschlaggebend.«⁶⁴⁾

Und des weiteren heißt es auf die Typizität des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB abhebend:

»§ 89b HGB bezweckt nicht die soziale Sicherstellung des Vertreters. Ziel des Ausgleichs ist, dem Vertreter die Vergütung für eine Leistung zuzuwenden, die er noch nicht in vollem Umfang erhalten hat.«⁶⁵⁾

Auch nachfolgende Entscheidungen des BGH betreffen den Ausgleichsanspruch des Versicherungsververtreters⁶⁴⁾. Indessen ist das Urteil des BGH vom 3. 6. 1970⁶⁵⁾ erstmals dem Ausgleichsanspruch des Warenvertreters gewidmet; und für eben diesen Typ des Handelsvertreters bemüht der BGH die zuvor bereits apostrophierte Abgrenzung zwischen einer »werbenden« und einer »verwaltenden« Tätigkeit⁶⁶⁾. In diesem Zusammenhang ist zu lesen:

»Andererseits hat das Berufungsgericht von den Gesamtprovisionseinnahmen des Klägers aus Geschäften mit diesen Kunden einen Abzug von 15% vorgenommen, der nach seiner Schätzung die Vergütung für die auf das Lagern und Ausliefern der Waren entfallende Tätigkeit des Klägers darstellt. Es geht dabei davon aus, daß die Vergütung, die der Handelsvertreter für andere als werbende Tätigkeit beziehe, bei der Bemessung des Ausgleichs außer acht zu lassen sei. Das entspricht der Rechtsprechung des BGH. Alle vorbezeichneten Urteile betreffen allerdings Ausgleichsansprüche von Versicherungs- und Bausparkassen-Vertretern. Dieselben Einschränkungen bei der Berechnung der Provisionsverluste müssen aber auch bei Warenvertretern gelten. Grund für eine unterschiedliche Behandlung in dieser Beziehung ist nicht erkennbar.«⁶⁷⁾

In dem vom BGH in seinen Urteilen vom 2. 7. 1987⁶⁸⁾ angezogenen Präjudiz⁶⁹⁾ erstreckt der BGH diese Judikatur auch auf den Ausgleichsanspruch des Tankstellen-Handelsvertreters, der auch die Verpflichtung zur Lagerhaltung, zur Auslieferung und zum Inkasso übernommen hatte.

Da der Zweck des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB darin besteht, dem Handelsvertreter für einen auf seine Leistung zurückzuführenden, ihm aber infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr vergüteten Vorteil des Unternehmers, wie er in der Schaffung eines Kundenstamms liegt, eine weitgehend durch Billigkeitsgesichtspunkte bestimmte Gegenleistung zu verschaffen⁷⁰⁾, beschränkt der BGH den Tatbestand der »werbenden« Tätigkeit des Handelsvertreters auf die Schaffung des Kundenstamms⁷¹⁾ und folgert:

»Die Schaffung des Kundenstamms ist aber nicht die Folge verwaltender, für den Handelsvertreter untypischer Tätigkeiten wie Lagerhaltung, Auslieferung und Inkasso, sondern das Ergebnis seiner erfolgsbedingten, d. h. werbenden (vermittelnden, abschließenden) Tätigkeit.«⁷²⁾

3. Der »Begriff« des Handelsvertreters

Neben dem Begriff der »werbenden« Tätigkeit des Handelsvertreters stellt der BGH in seiner Entscheidung vom 4. 5. 1959⁷³⁾ auch maßgebend darauf ab, ob es sich um Aufgaben handelt, die »an sich dem Unternehmer selbst obliegen« – mit der Folge, daß diese für den Handelsvertreter »zusätzliche Aufgaben darstellen« – oder ob sie für den »Begriff des Handelsvertreters« – und damit für die »Schaffung eines Kundenstamms« – ausschlaggebend sind⁷⁴⁾. Auch in späteren Entscheidungen beruft sich der BGH – zur Abgrenzung der den Aus-

⁴⁷⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

⁴⁸⁾ ZIP 1988 S. 137, 143.

⁴⁹⁾ *Horn*, a. a. O.

⁵⁰⁾ BGH, a. a. O.

⁵¹⁾ BGHZ 29 S. 83 ff. = DB 1958 S. 1457.

⁵²⁾ BGH, a. a. O.

⁵³⁾ BGHZ 29 S. 83 ff.

⁵⁴⁾ BGHZ 29 S. 83, 87.

⁵⁵⁾ BGHZ 29 S. 83, 90.

⁵⁶⁾ BGHZ 29 S. 83, 89 f.

⁵⁷⁾ BGHZ 29 S. 83, 91.

⁵⁸⁾ BGHZ 29 S. 83, 91.

⁵⁹⁾ BGHZ 29 S. 83, 91.

⁶⁰⁾ BGH, a. a. O.

⁶¹⁾ BGHZ 29 S. 83, 91 = DB 1958 S. 1457.

⁶²⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

⁶³⁾ BGH, DB 1959 S. 677 = NJW 1959 S. 1430.

⁶⁴⁾ DB 1959 S. 677 = NJW 1959 S. 1431 – Kursivstellungen hinzugefügt.

⁶⁵⁾ NJW 1959 S. 1432.

⁶⁶⁾ BGH, DB 1971 S. 1409 = NJW 1971 S. 1610; BGH, DB 1972 S. 1624 = NJW 1972 S. 1662;

BGH, DB 1972 S. 1960 = NJW 1972 S. 1664.

⁶⁷⁾ BGH, DB 1971 S. 1298 = NJW 1971 S. 1611.

⁶⁸⁾ BGH, DB 1971 S. 1298 = NJW 1971 S. 1611, 1612.

⁶⁹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383; BGH, 2. 7. 1987 – I ZR 189/85.

⁷⁰⁾ BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860.

⁷¹⁾ BGH, DB 1971 S. 1409, 1298 = NJW 1971 S. 1610, 1611; BGH, WM 1975 S. 931, 935; BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2878.

⁷²⁾ BGH, WM 1975 S. 931, 935; BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 861.

⁷³⁾ BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

⁷⁴⁾ BGH, NJW 1959 S. 1430.

⁷⁵⁾ BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431.

gleichanspruch gemäß § 89b HGB begründenden Tätigkeit – auf den »Begriff des Vertreters«⁷⁵). Dies zentriert sodann in der BGH-Entscheidung vom 15. 11. 1984⁷⁶) in der Feststellung, daß die »Schaffung des Kundenstammes« »das Ergebnis seiner (des Handelsvertreters) erfolgsbedingten, d. h. werbenden (vermittelnden, abschließenden) Tätigkeit« ist⁷⁷), so daß der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB nur auf diese – typischen – Tätigkeiten des Handelsvertreters gegründet werden kann. Mit einem Wort: Alle die Tätigkeiten sind für den »Begriff des Vertreters«⁷⁸) und einen daran anknüpfenden Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB wesentlich, die für die Schaffung des Kundenstammes ursächlich oder doch zumindest mitursächlich sind⁷⁹).

Unwesentlich in dieser Kategorisierung sind deshalb Tätigkeiten des Handelsvertreters, wie die Unterhaltung oder Verwaltung eines Lagers oder einer Werkstatt, einschließlich der Zuführung und Auslieferung von Waren^{79a}). Auch die Provision, welche ein Handelsvertreter für die wöchentliche Überprüfung von Lottoscheinen erhält, bezieht sich auf eine Tätigkeit, die mit dem »Begriff des Vertreters« nichts zu tun hat^{79b}).

a) Das Argument der Kausalität

Die auf den »Begriff des Handelsvertreters«⁸⁰) abhebende Distinktion wird jedoch vom BGH nicht voll durchgehalten. Vielmehr macht sich in der Judikatur ein Widerspruch bemerkbar, der in doppelter Hinsicht bemerkenswert ist: Wenn es nämlich zunächst einmal zutreffend ist, daß der nach § 89b HGB zu berechnende Ausgleichsanspruch dem Ausgleich des Vorteils des Unternehmers dienen soll, wie er in der vom Handelsvertreter bewirkten »Schaffung eines Kundenstammes«⁸¹) liegt, so sind notwendigerweise *alle Tätigkeiten* des Handelsvertreters, welche auf diesen Erfolg hinzielen und diesen bedingen, Gegenstand des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB. Unter dieser Voraussetzung ist es dann nicht mehr zulässig, ungeachtet der Kausalität zwischen der auf die Schaffung des Kundenstammes zielenden Tätigkeit des Handelsvertreters im konkreten Fall und den dem »Begriff des Handelsvertreters«⁸²) nicht entsprechenden, »untypischen Tätigkeiten«⁸³) einerseits und der »werbenden Tätigkeit des Handelsvertreters«⁸⁴) andererseits zu unterscheiden. Wenn nämlich die »Schaffung eines Kundenstammes«⁸⁵) in der Tat rechtfertigendes Element für die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB ist, so läßt sich dieses im Tatsächlichen liegende Ergebnis – entweder ist ein Kundenstamm geschaffen oder diese Voraussetzung fehlt – nicht nach juristischen Kategorien eingrenzen, sofern diese dem Kausalitätserfordernis zwischen der Tätigkeit des Handelsvertreters und der dadurch bewirkten »Schaffung eines Kundenstammes«⁸⁶) nicht entsprechen.

Es ist daher ein Widerspruch, wenn der BGH in seiner Ausgangsentscheidung vom 4. 5. 1959⁸⁷) das aktuelle Gesamtbild der Tätigkeit des Handelsvertreters, welche kausal die auf die »Schaffung eines Kundenstammes«⁸⁸) gerichtet war, danach differenziert, ob es sich um Aufgaben handelt, »die an sich dem Unternehmer selbst obliegen und die für den Handelsvertreter zusätzliche Aufgaben darstellen«⁸⁹), wie zum Beispiel die Unterhaltung oder Verwaltung eines Lagers oder einer Werkstatt. Noch krasser wird dieser Widerspruch, wenn man berücksichtigt, daß der BGH in seiner Entscheidung vom 15. 11. 1984⁹⁰) zum einen zugesteht, daß die Lagerhaltung für Kraftstoffe bei einem Tankstellen-Handelsvertreter mit seiner »werbenden Tätigkeit« »tatsächlich eng verknüpft ist«⁹¹), gleichwohl aber für die »Schaffung eines Kundenstammes«⁹²) außer Betracht bleiben soll, soweit es sich um »untypische Tätigkeiten«⁹³) handelt – und dies alles, obwohl die »Schaffung des Kundenstammes«⁹⁴) »das Ergebnis seiner erfolgsbedingten, d. h. werbenden (vermittelnden, abschließenden) Tätigkeit«⁹⁵) ist.

Es erweist sich eben, daß im Tatsächlichen liegende Umstände – wie die »Schaffung des Kundenstammes«⁹⁶) nicht – ohne Rücksicht auf detaillierte Kausalitätserwägungen durch juristische Kategorien abstellend auf eine typische bzw. »untypische Tätigkeit«⁹⁷) außer Funktion gesetzt werden können, wenn man, und dies tut der BGH⁹⁸), seinerseits die Kausalitätskette als »erfolgsbedingt«⁹⁹) auf die »werbende Tätigkeit«¹⁰⁰) des Handelsvertreters bezieht.

b) Das Argument betriebswirtschaftlicher Kostenveranlassung

Der zweite Widerspruch berührt betriebswirtschaftliche Kategorien: Nach Auffassung des BGH zielt der Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB darauf ab, dem Handelsvertreter für einen auf seine Leistungen zurückzuführenden, ihm aber infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr vergüteten Vorteil des Unternehmers, wie er in der Schaffung eines Kundenstammes liegt, eine Gegenleistung zuzubilligen¹⁰¹). So gesehen ist also nach Meinung des BGH entscheidend, ob der Handelsvertreter für die von ihm ausgeübte Tätigkeit ein Entgelt er-

hält, welches die geleistete Tätigkeit »bereits voll«¹⁰²) vergütet, oder ob die Provision für die »werbende« Tätigkeit des Handelsvertreters vorgesehen ist, die der Schaffung eines Kundenstammes dient, so daß der Unternehmer – auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses – davon noch weiterhin Vorteile hat¹⁰³), während der Handelsvertreter seinerseits entsprechende Verluste erleidet¹⁰⁴). Wie bereits Horn¹⁰⁵) herausgearbeitet hat, hat sich der BGH an dieser Stelle offensichtlich die Argumentation von Schröder¹⁰⁶) zu eigen gemacht: Da Provisionseinnahmen für Verwaltungstätigkeiten des Handelsvertreters nicht auf das einzelne Geschäft mit dem von ihm geworbenen Kunden zu beziehen sind, können sie – so Schröder – auch nicht Gegenstand des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB sein. Offensichtlich ist es dieser Ausgangspunkt, den der BGH in seiner Entscheidung vom 16. 11. 1984¹⁰⁷) mit den Worten umschreibt, die »Schaffung des Kundenstammes ist nicht die Folge verwaltender, für den Handelsvertreter untypischer Tätigkeiten, sondern das Ergebnis seiner erfolgsbedingten, d. h. werbenden (vermittelnden, abschließenden) Tätigkeit«¹⁰⁸).

Unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Kategorien ist es indessen reine juristische Fiktion, bei den Provisionseinnahmen eines Handelsvertreters danach zu differenzieren, inwieweit sie eine von diesem geleistete Tätigkeit »bereits voll«¹⁰⁹) vergüten, oder ob sie für die »werbende Tätigkeit«¹¹⁰) bestimmt sind, die der »Schaffung des Kundenstammes«¹¹¹) dienen. Denn der vom Handelsvertreter geschaffene Kundenstamm ist das Ergebnis seiner gesamten, vertraglich geschuldeten Tätigkeit. Die insoweit aufgewandten Kosten vereinnahmt aufgrund der Provisionseinnahmen sind insgesamt ergebnisorientiert.

4. Der vom BGH anerkannte »Händlerinfluß« (BGH, DB 1983 S. 2412, 2413 = NJW 1983 S. 2877, 2879)

Aber auch unter Anwendung strikt juristischer Kategorien ist die Übertragung der Begriffe »werbende« und »verwaltende« Tätigkeit¹¹¹) auf den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers in analoger Anwendung von § 89b HGB ungereimt. In seiner Entscheidung vom 25. 3. 1982¹¹²) hat nämlich der BGH – wie bereits früher kurz angedeutet – dargelegt, daß für die Kfz-Branche »die Annahme naheliegend« sei, »daß bei der Entscheidung über den Kauf eines Neufahrzeugs neben der Marke auch die Werbung des Vertragshändlers einschließlich seiner Betreuung und seiner Serviceleistung jedenfalls nicht eine völlig bedeutungslose Rolle spielt«. Diese Feststellung steht, wie der Kontext dieses Urteils ausweist, in unmittelbarem Zusammenhang mit Erwägungen zu

⁷⁵) BGH, WM 1975 S. 931, 935.

⁷⁶) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

⁷⁷) BGH, NJW 1985 S. 860, 861.

⁷⁸) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431; BGH, WM 1975 S. 931, 935.

⁷⁹) BGH, WM 1970 S. 931, 935; BGH, NJW 1985 S. 860, 861.

^{79a}) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431; BGH, NJW 1985 S. 860, 861.

^{79b}) BGH, WM 1975 S. 931, 935.

⁸⁰) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431.

⁸¹) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

⁸²) BGH, NJW 1985 S. 860, 861.

⁸³) BGH, a.a.O.

⁸⁴) BGH, a.a.O.

⁸⁵) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431.

⁸⁶) BGH, a.a.O.

⁸⁷) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431.

⁸⁸) BGH, a.a.O.

⁸⁹) BGH, a.a.O.

⁹⁰) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

⁹¹) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

⁹²) BGH, a.a.O.

⁹³) BGH, a.a.O.

⁹⁴) BGH, a.a.O.

⁹⁵) BGH, a.a.O.

⁹⁶) BGH, a.a.O.

⁹⁷) BGH, a.a.O.

⁹⁸) BGH, a.a.O.

⁹⁹) BGH, a.a.O.

¹⁰⁰) BGH, a.a.O.

¹⁰¹) BGH, DB 1971 S. 1409, 1298 = NJW 1971 S. 1610, 1611; BGH, WM 1975 S. 930, 935;

BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2878.

¹⁰²) BGH, WM 1975 S. 931, 935.

¹⁰³) BGH, NJW 1959 S. 1430, 1432; BGH, DB 1971 S. 1409, 1298 = NJW 1971 S. 1610, 1611;

BGH, WM 1975 S. 931, 935.

¹⁰⁴) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁰⁵) ZIP 1988 S. 137, 144.

¹⁰⁶) Schlegelberger/Schröder, § 99b Rdnr. 11a.

¹⁰⁷) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

¹⁰⁸) BGH, a.a.O.

¹⁰⁹) BGH, WM 1975 S. 931, 935.

¹¹⁰) BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

¹¹¹) BGH, a.a.O.

^{111a}) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹¹²) BGH, NJW 1982 S. 2819, 2120.

§ 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB, weil das Berufungsgericht – wie der BGH rügte – die Vorteile des Unternehmers im Sinn dieser Bestimmung wegen der »Sogwirkung der Marke« entfallen ließ, ohne freilich hierüber nähere Feststellungen zu treffen. Unter diesem Betracht ist dann vor allem die BGH-Entscheidung vom 14. 4. 1983¹¹³⁾ von hoher Bedeutung. Denn der BGH hat darin die »Lebenserfahrung«¹¹⁴⁾ bemüht – und nicht mehr nur von einer »naheliegenden Annahme«¹¹⁵⁾ gesprochen –, um festzustellen, daß ein »Händlereinfluß«¹¹⁶⁾ vorliegt, der in einer »Mitursächlichkeit« – bezogen auf den von ihm geschaffenen Kundenstamm – vorliegt, die »neben der Marke auch die Werbung des Vertragshändlers einschließlich seiner Betreuung und seiner Serviceleistungen«¹¹⁷⁾ einschließt.

Damit konzediert der BGH, daß der für § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB maßgebende Kundenstamm auf einem »Händlereinfluß« beruht, der neben der Werbung des Vertragshändlers auch noch seine Betreuungs- und Serviceleistungen einschließt. Damit aber steht auch fest, daß nach der Judikatur des BGH¹¹⁸⁾ ein wesentlicher Unterschied zwischen dem von einem Handelsvertreter und dem von einem Vertragshändler geschaffenen Kundenstamm besteht, weil – entsprechend dem Erscheinungsbild eines Vertragshändlers – der insoweit als maßgeblich angesehene »Händlereinfluß«¹²⁰⁾ auch Betreuungs- und Servicefunktionen – neben der reinen Verkaufstätigkeit – einschließt. Dieser Gesichtspunkt wird noch bei der Erörterung des Ersatzteilgeschäftes (sub. V) näher erörtert.

5. Die zutreffende Berechnungsmethode

Gerade weil die BGH-Judikatur – wie gezeigt – keine widerspruchsfreie Linie erkennen läßt, kann die zutreffende Berechnungsmethode nur darin bestehen, gemäß § 89b Abs. 1 HGB zum einen auf den vom Vertragshändler geschaffenen Kundenstamm abzustellen und zum anderen herauszuarbeiten, daß alle die Provisionsverluste gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs heranzuziehen sind, die kausal auf den vom Vertragshändler geschaffenen Kundenstamm entfallen und auf seinem »Händlereinfluß«¹²¹⁾ beruhen und damit seine Betreuungs- und Serviceleistungen umfassen.

Unter dieser Perspektive ist von entscheidender Bedeutung, daß sowohl die Daimler-Benz AG als auch die VW AG das Neuwagengeschäft auf Basis eines Handelsvertreterverhältnisses betreiben. Die Daimler-Benz-Organisation vertritt ihre Kfz über selbständige Niederlassungen und über Handelsvertreter. Demzufolge sind auch die großen Kraftfahrzeugunternehmen in dieser Organisation nur Handelsvertreter – mit der Konsequenz, daß ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen dem jeweiligen Neuwagenkunden und der Daimler-Benz AG zustande kommt. Das Volkswagenwerk wickelt den Neuwagenverkauf in der Weise ab, daß die autorisierten Vertragswerkstätten im Innenverhältnis auf Rechnung des Händlers – als Unterorganisationspartner – arbeiten, dem sie zugeordnet sind. Während die Provision der Daimler-Benz AG seit langer Zeit 13% ausmacht, errechnet sich bei der VW AG eine Provision für die jeweilige Werkstatt von ca. 12%.

Um nunmehr zu erreichen, daß der Vertragshändler-Rabatt im Rahmen der analogen Anwendung von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB »auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt«¹²²⁾ wird, ist es sachgerecht und leuchtet unmittelbar ein, die in der Kfz-Branche üblichen Rabatte auf eine Provision zwischen 12% bis 13% zurückzuführen¹²³⁾.

Mit dieser naheliegenden Schlußfolgerung gibt sich der BGH jedoch nicht zufrieden¹²⁴⁾. Ungeachtet der Tatsache, daß das im Verfahren des LG Köln vorgelegte Sachverständigengutachten auf eben dieser Grundlage erstellt wurde, bemängelt der BGH¹²⁵⁾, daß dem Gutachten des Sachverständigen »nicht mit Sicherheit zu entnehmen« ist¹²⁶⁾, »daß nur die Teile des Händlerrabatts hier als Provision angesehen werden können, mit denen eine werbende Tätigkeit abgegolten wird, nicht aber die Teile, die auf eine verwaltende Tätigkeit entfallen«. Dies ist nunmehr zu untersuchen.

a) Unstrittige Provisionsverluste

Soweit die vom Vertragshändler in der Kfz-Branche vereinnahmten Rabatte für Verkäufer- und Vermittlerprovisionen eingesetzt werden, sind sie unstrittig gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB analog zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für Werbemaßnahmen aller Art, einschließlich der Kosten der Signalisation und etwaiger Sonderveranstaltungen. Auch die Kosten der büromäßigen Abwicklung des Neuwagenesgeschäfts zählen hierher, einschließlich der Überwachung des Zahlungsverkehrs. Darüber hinaus wird man die Kosten der organisatorischen Abwicklung, nicht zuletzt auch die der Benutzung eigener Buchungs- oder EDV-Ma-

schinen in diese Kategorie aufnehmen müssen, einschließlich der Kosten des Büromaterials sowie sonstiger, dem Neuwagenverkauf zuzurechnender Gemeinkosten. Denn alle diese Kosten dienen unmittelbar der Schaffung des Kundenstamms.

Bei der dem LG Köln^{126a)} unterbreiteten Kostenaufstellung hatte der Sachverständige die Nachlässe von der Händler-Bruttospanne abgezogen, die dieser beim Verkauf von Neuwagen üblicherweise seinen Käufern gewährt¹²⁷⁾. Dies hat das Gericht zwar nicht angegriffen, wohl aber angemerkt, daß diese Argumentation »nicht einleuchtet«¹²⁸⁾. Denn wenn ein Handelsvertreter – davon ist im Rahmen der »Gesetzesanalogie«¹²⁹⁾ auszugehen – von seiner Provision dem Käufer einen Nachlaß gewährt, um überhaupt das Produkt verkaufen zu können, so kommt dies keineswegs dem Unternehmer in der Weise zugute, daß »damit der Provisionssatz fällt«¹³⁰⁾. Mehr noch: Nicht nur ein Vertragshändler, sondern auch ein in der Kfz-Branche tätiger Handelsvertreter – etwa im Rahmen der Daimler-Benz-Organisation oder VW AG – wird regelmäßig mit dem Verlangen seines Kunden konfrontiert, von seiner »Spanne« etwas abzugeben und einen Nachlaß zu gewähren. Was dem einen recht ist, muß dem anderen billig sein.

Selbst wenn sich der Erfahrungssatz aufrechterhalten ließe, daß Vertragshändler in der Kfz-Branche üblicherweise höhere Nachlässe gewähren als die in der Daimler-Benz-Organisation oder in der VAG tätigen Handelsvertreter, so führt dies im Rahmen der erforderlichen »Gesetzesanalogie«¹³¹⁾ zu § 89b HGB keineswegs soweit, die dem Vertragshändler eingeräumte Brutto-Handelsspanne schlechthin um einen beträchtlichen Nachlaß zu kürzen, während die vergleichbare Provision des in der Kfz-Branche tätigen Handelsvertreters unangetastet bleibt. Unter Berücksichtigung der insoweit zutreffenden Ausführungen des LG Köln¹³²⁾ ist es deshalb nicht erforderlich und im Rahmen der zu § 89b HGB anzustellenden »Gesetzesanalogie«¹³³⁾ auch nicht geboten, die von den Vertragshändlern in der Kfz-Branche üblicherweise eingeräumten Nachlässe von der Brutto-Handelsspanne zu kürzen, um auf diese Weise sicherzustellen, daß die den Vertragshändlern zufließende Provision »auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt«¹³⁴⁾ wird.

b) Strittige Provisionsverluste

Das OLG Köln¹³⁵⁾ hat darüber hinaus die auf Vorführwagen, Überführungen und Ablieferungsinspektionen entfallenden Beträge im Rahmen der Verlustberechnung gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB herausgenommen, weil die insoweit anfallenden Rabatte oder Boni »kein der Handelsvertreterprovision vergleichbares Entgelt beinhalten«¹³⁶⁾. Im Hinblick auf die Anschaffungskosten von Vorführwagen ist dies sicherlich zutreffend, weil diese Kosten unmittelbar dem nicht zu berücksichtigenden Lagerisiko zuzurechnen sind¹³⁷⁾. Im Hinblick auf die Überführungskosten für Neuwagen und deren Ablieferungsinspektion ist dies jedoch zweifelhaft. Unmittelbar hängt dies mit der Erwägung zusammen, daß die Verkaufstätigkeit des Vertragshändlers wesentliche Voraussetzung dafür ist, den für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB erforderlichen Kundenstamm zu schaffen. Sie sind also Teil der »werbenden« Tätigkeit des Vertragshändlers, weil sie unmittelbar auf die Schaffung eines Kundenstamms gerichtet sind. Demzufolge sind diese Kosten auch dann den Provisionsverlusten im

¹¹³⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877.

¹¹⁴⁾ BGH, NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹¹⁵⁾ BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819, 2820.

¹¹⁶⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹¹⁷⁾ BGH, a.a.O.

¹¹⁸⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹¹⁹⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹²⁰⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹²¹⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹²²⁾ BGHZ 29 S. 83, 91 = DB 1958, 1457.

¹²³⁾ Vgl. auch Küstner/von Manteuffel, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 5. Aufl., Rdnr. 391.

¹²⁴⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1388.

¹²⁵⁾ BGH, a.a.O.

¹²⁶⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1388.

^{126a)} LG Köln – 88 O 100/82.

¹²⁷⁾ LG Köln, a.a.O. – S. 16.

¹²⁸⁾ LG Köln, a.a.O.

¹²⁹⁾ BGHZ 29 S. 83, 87.

¹³⁰⁾ LG Köln, a.a.O.

¹³¹⁾ BGH, a.a.O.

¹³²⁾ LG Köln – 88 O 100/82 – S. 16.

¹³³⁾ BGH, a.a.O.

¹³⁴⁾ BGHZ 29 S. 83, 91.

¹³⁵⁾ 25 U 20/84 – S. 16.

¹³⁶⁾ OLG Köln, a.a.O.

¹³⁷⁾ BGHZ 29 S. 83, 91 = DB 1958 S. 1457.

Sinn von § 89 Abs. 1 Nr. 2 HGB zuzuordnen, wenn und soweit sie Teil der in der Kfz-Branche gewährten Handelsvertreterprovisionen sind.

Selbst wenn man diese Vergleichsbetrachtungen nicht zulassen würde, sind die Kosten für Überführung und Ablieferungsinspektion notwendige Voraussetzung für das Entstehen einer Neuwagen-Verkaufsprovision. In der Terminologie des BGH wird man deshalb sagen müssen, daß die insoweit anfallenden Provisionen nicht nur – rein tatsächlich betrachtet – mit der »werbenden« Tätigkeit des Handelsvertreters »eng verknüpft« sind¹³⁸⁾. Sie sind vielmehr derart, daß der Hersteller/Importeur – auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses – insoweit noch weiterhin Vorteile hat¹³⁹⁾. Anders gewendet: Es handelt sich nicht um eine Provision, die die Tätigkeit des Handelsvertreters »bereits voll«¹⁴⁰⁾ vergütet. Mithin ist sie bei der Berechnung der Provisionsverluste im Sinn von § 89 Abs. 1 Nr. 2 HGB einzubeziehen.

c) Der Werkstattbereich

Unabhängig von dem noch zu behandelnden Problem des Ersatzteilgeschäfts (vgl. sub. V) stellt sich schon hier im Rahmen von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB die Frage, ob die aus dem Werkstattgeschäft resultierenden Provisionsverluste der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht zumindest insoweit zugrunde gelegt werden müssen, als der Vertragshändler die Kosten der Werkstatt – unter Berücksichtigung der nachstehenden Einschränkungen – aus Provisionseinnahmen des Neuwagen-geschäfts, nicht aber aus Ersatzteilarbaten bestritten hat. Entscheidender Ansatzpunkt für diese Fragestellung ist erneut die Feststellung, daß der BGH von einem »Händlereinfluß«¹⁴¹⁾ bei der Schaffung des Kundenstamms ausgeht und diesen nicht nur in der Werbung, sondern auch in der Betreuungs- und Serviceleistung des jeweiligen Vertragshändlers sieht – mit der Folge, daß sich aus der »Lebenserfahrung«¹⁴²⁾ eine »Mitursächlichkeit« des jeweiligen Vertragshändlers für den von ihm geschaffenen Kundenstamm ergibt¹⁴³⁾. Freilich steht dem die spätere Feststellung des BGH¹⁴⁴⁾ entgegen, daß der Vertragshändler »mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Werkstatt« eine Tätigkeit ausübe, die nicht als »werbende«¹⁴⁵⁾ zu qualifizieren sei und deshalb bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs – unter Berücksichtigung der typischen Aufgaben eines Handelsvertreters – außer Betracht bleiben müsse¹⁴⁶⁾. Der Vertragshändler erfüllt nach Auffassung des BGH mit der Unterhaltung der Werkstatt, in der die Ersatzteile verwendet werden, eine Aufgabe, die – verglichen mit jener Vertriebstätigkeit – »in ihrer wirtschaftlichen Funktion und in ihrer rechtlichen Einordnung« eine »unterschiedliche Aufgabe« darstellt¹⁴⁷⁾.

aa) Der dogmatische Ansatzpunkt

Ob diese Argumentation bereits im Ansatz verfehlt ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht weiter vertieft zu werden. Von entscheidender Bedeutung ist nämlich vor allem die Frage zu klären, ob die BGH-Entscheidung vom 2. 7. 1987¹⁴⁸⁾ in der Sache dazu führt, den durch Betreuungs- und Serviceleistungen hervortretenden »Händlereinfluß«¹⁴⁹⁾ im Hinblick auf den Werkstattbereich vollständig zu negieren, obwohl die dort ausgeübten Tätigkeiten, wie der BGH selbst festgestellt hat, für die Schaffung des Kundenstamms eine »Mitursächlichkeit«¹⁵⁰⁾ erkennen lassen.

Dies ist jedoch zu verneinen. Der BGH¹⁵¹⁾ hat es – entgegen der Auffassung des OLG Köln¹⁵²⁾ – freilich abgelehnt, die auf das Ersatzteilgeschäft entfallenden Rabatte für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB heranzuziehen. Der entscheidende Satz lautet:

»Der Umsatz mit Ersatzteilen im Werkstattbereich kann folglich nicht herangezogen werden, um den Ausgleich der Klägerin für ihre werbende Tätigkeit beim Verkauf von Fahrzeugen zu bestimmen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin auch keine besonderen werblichen Leistungen dafür erbracht, Kunden gerade für den Einbau von Ersatzteilen, die die Beklagte liefert, in Fahrzeuge zu gewinnen«¹⁵³⁾.

Horn¹⁵⁴⁾ hat bereits mit Recht darauf hingewiesen, daß gerade in diesem Bereich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bestehen, zwischen der »werbenden« und der »verwaltenden« Tätigkeit – bezogen auf den Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB – zu differenzieren. Mit guten Gründen hat Horn¹⁵⁵⁾ hervorgehoben, daß »der Wartungs-, Reparatur- und Ersatzteillieferdienst wesentlich zur Pflege der Stammkundschaft und zur Gewinnung neuer Stammkunden beiträgt«. In der Sache ist dies eine Umschreibung für die Formel vom »Händlereinfluß«¹⁵⁶⁾, den der BGH auch im Hinblick auf die vom Vertragshändler in der Kfz-Branche erbrachte Betreuungs- und Servicefunktion anerkennt.

bb) Der Gewährleistungs- und Garantiebereich

Die Bedeutung dieser Funktionen schlägt sich in erster Linie bei den Gewährleistungs- und Garantiarbeiten nieder; sie sind unmittelbarer Annex des vom Vertragshändler abgeschlossenen Neuwagen-geschäfts. Sie sind dessen integraler Bestandteil und zielen unmittelbar auf die Schaffung eines Kundenstamms im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB.

Schon aus Rechtsgründen ist das Gewährleistungs- und Garantie-geschäft allemal ein unselbständiger Annex des Verkaufsgeschäfts; es unterliegt – für sich allein genommen – keiner hiervon losgelösten »rechtlichen Einordnung«¹⁵⁷⁾. Denn Gewährleistung und Garantie knüpfen an das Warenaustauschgeschäft unmittelbar an. Anders gewendet: Die für die Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB erforderlichen »werblichen Leistungen« des Vertragshändlers¹⁵⁸⁾ erfassen unmittelbar im Rahmen des Neuwagen-geschäfts uneingeschränkt das Gewährleistungs- und Garantie-geschäft: die »werblichen Leistungen«¹⁵⁹⁾ des Vertragshändlers schließen also Gewährleistungs- und Garantiarbeiten notwendigerweise ein.

Umgekehrt formuliert: Die vom BGH¹⁶⁰⁾ für den Werkstattbereich geforderten »besonderen werblichen Leistungen«¹⁶¹⁾, die der Schaffung eines Kundenstamms im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB dienen, führen in bezug auf das Gewährleistungs- und Garantierisiko zwingend zu einem »Umsatz mit Ersatzteilen im Werkstattbetrieb«¹⁶²⁾. Sie sind deshalb Teil der ausgleichspflichtigen Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB. Dem BGH ist der Weg zu diesem Ergebnis künftig nicht versperrt. Das OLG Köln hatte nämlich diese Fallkonstellation nicht zu untersuchen; eine Differenzierung der im Ersatzteilgeschäft des betreffenden Vertragshändlers getätigten Rabatt-Umsätze nach Gewährleistungs-, Garantierisiken einerseits und sonstigen Serviceleistungen andererseits wurden in den Instanzen nicht vorgebracht und folglich vom Tatrichter nicht gewürdigt.

cc) Die Befugnis zur Schätzung nach § 287 ZPO

Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß nach der hier vertretenen Auffassung auch Einmalkunden, die vom Vertragshändler als Neukunden erworben sind, mit einer von § 287 ZPO beeinflussten Quote – verglichen mit dem von ihm erworbenen Stamm von Mehrfachkunden – der Berechnung des Ausgleichsanspruchs im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zugrunde gelegt werden. Dies schließt notwendigerweise ein, daß auch die Provisionsverluste im Gewährleistungs- und Garantiegeschäft gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB in Rechnung zu stellen sind.

Nach der weiter oben angestellten Prämisse gilt dies zunächst nur dann, wenn und soweit Teile der ausgleichspflichtigen Neuwagenprovision auch für den Betrieb der Werkstatt verwendet werden. Wegen des vom BGH anerkannten »Händlereinflusses«¹⁶³⁾ muß aber Gleiches als Folge der zu bejahenden »Mitursächlichkeit«¹⁶⁴⁾ des Vertragshändlers auch dann gelten, wenn und soweit die den Ersatzteilarbaten im Rahmen der »Gesetzesanalogie«¹⁶⁵⁾ anzuleihenden Provisionssätze für den Betrieb der Werkstatt verwendet werden, um Gewährleistungs- und Garantiarbeiten der vom Vertragshändler erworbenen Neukunden oder Stammkunden zu erledigen.

¹³⁸⁾ BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

¹³⁹⁾ BGH, NJW 1959 S. 1430, 1432; BGH, DB 1971 S. 1409, 1298 = NJW 1971 S. 1610, 1611; BGH, WM 1975 S. 931, 935.

¹⁴⁰⁾ BGH, WM 1975 S. 931, 935.

¹⁴¹⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁴²⁾ BGH, a.a.O.

¹⁴³⁾ BGH, a.a.O.

¹⁴⁴⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁴⁵⁾ BGH, a.a.O.

¹⁴⁶⁾ Hierzu auch Horn, ZIP 1988 S. 137, 143f.

¹⁴⁷⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁴⁸⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁴⁹⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁵⁰⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁵¹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁵²⁾ OLG Köln – 25 U 20/84.

¹⁵³⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁵⁴⁾ ZIP 1988 S. 137, 144.

¹⁵⁵⁾ A.a.O.

¹⁵⁶⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁵⁷⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁵⁸⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁵⁹⁾ BGH, a.a.O.

¹⁶⁰⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁶¹⁾ BGH, a.a.O.

¹⁶²⁾ BGH, a.a.O.

^{162a)} OLG Köln – 25 U 20/84.

¹⁶³⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁶⁴⁾ BGH, a.a.O.

¹⁶⁵⁾ BGH 29 S. 83, 87 = DB 1958 S. 1457.

d) Zwischenergebnis

Bei der Berechnung der Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die dem Vertragshändler zustehenden Rabatte auf das Niveau der in der Kfz-Branche tätigen Handelsvertreter reduziert werden, wenn dieser Handelsvertreter eine typische Tätigkeit im Sinn der §§ 84 ff. HGB entfalten. Die Provision beträgt zwischen 12 % und 13 %.

Will man betriebswirtschaftlich exakter kalkulieren, so ergibt sich, daß folgende Teile des Händlerabatts als ausgleichspflichtige Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB zu behandeln sind, weil sie der Schaffung des Kundenstamms unmittelbar dienen: Die vom Vertragshändler zu zahlende oder von ihm zu vereinnahmende Verkäufer- oder Vermittlerprovision, einschließlich aller Kosten für sonstige Werbemaßnahmen (Signalisation, Werbekampagnen etc.). Die Kosten für die büromäßige Abwicklung der Neuwagenverkäufe, einschließlich der Kosten für Überführung und Neuwageninspektion, fallen in diese Kategorie, nicht minder auch die sonstigen Kosten der Organisation, insbesondere auch der Benutzung von EDV-Anlagen, von Büromaterial etc. Die auf die Kostenstelle Neuwagenverkauf entfallenden Gemeinkostenteile sind ebenfalls hier zu berücksichtigen.

Der Händlerabatt ist nicht um die Nachlässe zu kürzen, die ein Vertragshändler üblicherweise seinen Käufern gewährt, weil Nachlässe – ganz allgemein – das vertraglich geschuldete oder zu zahlende Entgelt nicht beeinflussen. Daß die in der Kfz-Branche tätigen Handelsvertreter grundsätzlich wesentlich geringere oder gar keine Nachlässe tätigen, läßt sich allgemein nicht sagen, so daß dieser Gedanke im Rahmen der zu § 89b HGB erforderlichen »Gesetzesanalogie«¹⁶⁶⁾ außer Betracht bleibt. Zu berücksichtigen sind des Weiteren die Werkstattkosten, soweit sie für die Durchführung von Gewährleistungs- und Garantiarbeiten bei Neuwagenverkäufen anfallen.

Die Anschaffungskosten für Vorführgewagen, einschließlich deren Finanzierung sowie die Kosten von Aufstellungshallen, Lagerflächen fallen hingegen nicht in den Bereich der ausgleichspflichtigen Provisionsverluste gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB¹⁶⁷⁾. Auch das Delkreder-Risiko sowie etwaige Inkassoprovisionen sind nicht zu den ausgleichspflichtigen Provisionsverlusten im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB zu rechnen.

Ohne Sachverständigengutachten wird der Vertragshändler regelmäßig nicht in der Lage sein, den im Rahmen von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB erforderlichen Nachweis zu führen. Da der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers auf einer »Gesetzesanalogie«¹⁶⁸⁾ beruht, ist es vertretbar, daß der Tatrichter von den Möglichkeiten der Schätzung gemäß § 287 ZPO auch in diesem Rahmen in angemessener Weise Gebrauch macht. Denn keineswegs alle Vertragshändlerbetriebe sind betriebswirtschaftlich so durchstrukturiert, daß eine Vergleichsberechnung exakt durchgeführt werden kann. Dies aber darf dem Vertragshändler nicht zum Nachteil gereichen, weil die Anwendung strikter betriebswirtschaftlicher Kategorien im Mittelstand – und die Branche der Kfz-Händler zählt hierzu – nicht immer Allgemeingut ist und wegen der Struktur dieser Betriebe auch in absehbarer Zeit nicht Allgemeingut werden wird.

Wie stets sind auch hier etwaige Kostenersparnisse bei der Ermittlung der Provisionsverluste von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB außer Betracht zu lassen¹⁶⁹⁾. Dies entspricht auch dem Handelsvertreterrecht der BGH-Judikatur¹⁷⁰⁾.

6. Der Prognosezeitraum

Entgegen der Auffassung von Horn¹⁷¹⁾ ist daran festzuhalten, daß die im Rahmen von § 89b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HGB zu erstellende Prognose auf dem letzten Geschäftsjahr beruht. Es ist nicht erforderlich, bei langlebigen Wirtschaftsgütern – und dazu zählen Kfz – auf einen längeren Zeitraum abzuheben¹⁷²⁾. Denn allemal ist die Ermittlung des Kundenstamms gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB nur durch einen Rückgriff auf die letzten fünf Vertragsjahre zu schaffen, wie sich auch unmittelbar aus § 89b Abs. 2 HGB ablesen läßt. Demzufolge bleibt es grundsätzlich bei der auf dem letzten Geschäftsjahr aufbauenden Prognose¹⁷³⁾. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, daß dieses Geschäftsjahr so untypisch verlaufen ist, daß es nicht als Grundlage einer realistischen Berechnung heranzuziehen ist¹⁷⁴⁾. Dies wird man z. B. immer dann bejahen können, wenn langwierige Querelen zwischen Hersteller/Importeur und Vertragshändler dazu geführt haben, die geschäftlichen Aktivitäten des Vertragshändlers zu hemmen.

Daß die Prognose wegen der Langlebigkeit von Kfz auf einen Zeitraum von fünf Jahren zu erstrecken ist, ist anerkannt¹⁷⁵⁾. Auch das OLG Köln als Vorinstanz¹⁷⁶⁾ ist dieser Auffassung gefolgt, ohne daß dies der BGH beanstandet hätte¹⁷⁷⁾.

Bezogen auf den im letzten Geschäftsjahr festzustellenden Kundenstamm ist sodann eine Abwanderungsquote in Ansatz zu bringen. Das OLG Köln¹⁷⁸⁾ ist von einer Abwanderungsquote von 25 % pro Jahr ausgegangen – ein Gesichtspunkt, der vom BGH nicht beanstandet wurde¹⁷⁹⁾. Hinzuweisen ist freilich darauf, daß diese Methode nicht zu einer unzulässigen doppelten Berücksichtigung der Abwanderungsquote führt, wie das OLG Köln¹⁸⁰⁾ mit Recht hervorhebt; denn auch der vom Vertragshändler geworbene Kundenstamm bleibt nicht für alle Zukunft dem Vertragshändler treu. Indessen kann der dem Vertragshändler gemäß § 89b HGB analog zuwachsende Ausgleichsanspruch nur auf den Kundenstamm gestützt werden, der dem Vertragshändler – trotz Beendigung des Vertragsverhältnisses – aufgrund einer an der Wirklichkeit orientierten Projektion verbleibt. Daß dabei eine Abwanderungsquote in Ansatz zu bringen ist, entspricht der Lebenserfahrung. In welcher Größenordnung sie fixiert werden soll, läßt sich generell schwer sagen; sie ist naturgemäß abhängig von der Quote der Mehrfachkunden, die wiederum ihrerseits für die Quote der Einmalkunden heranzuziehen ist. Das LG Köln¹⁸¹⁾ hat die Abwanderungsquote mit 25 % für die ersten drei Vertragsjahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses fixiert, danach hat es 15 % in Ansatz gebracht und damit einen gewissen Abschlag gegenüber dem mit 30 % ermittelten Mehrfachkunden vorgenommen.

III. Billigkeitserwägungen gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB

Sowohl das LG Köln¹⁸²⁾ als auch das OLG Köln¹⁸³⁾ haben die gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB zu berücksichtigende Sogwirkung der Marke mit 25 % festgelegt. Das LG Köln rechtfertigt diese Erwägung mit dem allgemein bekannten Hinweis, für den Entschluß, ein Kfz eines bestimmten Herstellers/Importeurs käuflich zu erwerben, seien auch in ganz entscheidendem Maße die von diesem entfaltete Werbung sowie die entsprechende Berichterstattung in den Massenmedien mitbestimmend. »Das Gros der potentiellen Kunden wird zunächst auf diese Weise für ein bestimmtes Produkt interessiert«¹⁸⁴⁾, um erst danach den betreffenden Vertragshändler auszusuchen, mit dem schließlich die besten Konditionen – auch unter Berücksichtigung des Verkaufs eines Gebrauchtwagens – verabredet werden. Das OLG Köln¹⁸⁵⁾ hat im wesentlichen diese Argumentation übernommen und den Abzug in Höhe von 25 % für die »Sogwirkung der Marke« auch mit der BGH-Entscheidung vom 14. 4. 1983¹⁸⁶⁾ gerechtfertigt, wonach nämlich an der Mitursächlichkeit des »Händlereinflusses«¹⁸⁷⁾ im Blick auf den jeweiligen Kaufentschluß kein Zweifel besteht.

Damit steht fest: Allgemeine – branchenspezifische – Erwägungen reichen jedenfalls bei der der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Marke »Renault« aus, bei dem Faktor der »Sogwirkung der Marke« Renault einen Abschlag in Höhe von 25 % vorzusehen, ohne daß dies gegen das Gebot der richterlichen Schadensschätzung gemäß § 287 verstößt¹⁸⁸⁾. Nähere Feststellungen über eine tatsächlich vorhandene »Sogwirkung der Marke« müssen also jeweils im Einzelfall noch vorgenommen werden. Allerdings sind umfangreiche Darlegungen und Beweisangebote des Vertragshändlers nicht erforderlich, weil es sicherlich der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, die »Sogwirkung der

¹⁶⁶⁾ BGHZ 29 S. 83, 87 = DB 1968 S. 1457.

¹⁶⁷⁾ BGHZ 29 S. 83, 91.

¹⁶⁸⁾ BGHZ 29 S. 83, 87.

¹⁶⁹⁾ *Künstler/von Manteuffel*, a. a. O., Rdnr. 317.

¹⁷⁰⁾ BGH, BB 1964 S. 328; OLG Düsseldorf, BB 1959, S. 8.

¹⁷¹⁾ ZIP 1988 S. 137, 142.

¹⁷²⁾ So aber Horn, a. a. O.

¹⁷³⁾ BGH, ZIP 1987, S. 1383, 1386.

¹⁷⁴⁾ BGH, a. a. O.

¹⁷⁵⁾ Vgl. OLG Köln, VersR 1968 S. 966; *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 89b Rdnr. 52; Horn, ZIP 1988 S. 137, 142.

¹⁷⁶⁾ OLG Köln 25 U 20/84 – S. 22.

¹⁷⁷⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

¹⁷⁸⁾ OLG Köln – 25 U 20/84 – S. 17.

¹⁷⁹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1386.

¹⁸⁰⁾ OLG Köln, a. a. O.

¹⁸¹⁾ LG Köln 88 O 100/82 – S. 17.

¹⁸²⁾ LG Köln 88 O 100/82 – S. 17.

¹⁸³⁾ OLG Köln 25 U 20/84 – S. 23.

¹⁸⁴⁾ LG Köln, a. a. O.

¹⁸⁵⁾ OLG Köln, a. a. O.

¹⁸⁶⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

¹⁸⁷⁾ BGH, a. a. O.

¹⁸⁸⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

der Marke« – fabrikspezifisch – zu strukturieren. Deshalb kann unter Berücksichtigung dieser Kriterien jeweils von § 287 ZPO Gebrauch gemacht werden, was im Hinblick auf die prozessuale Praktikabilität zu begrüßen ist¹⁸⁹⁾.

IV. Abzinsung – Mehrwertsteuer

Unter der Voraussetzung, daß die nach der vorstehenden Methode berechnete Provision zu dem Jahresdurchschnittssatz der letzten fünf Vertragsjahre liegt, bleibt § 89b Abs. 2 HGB außer Betracht; es findet keine Kürzung auf diesem Höchstbetrag statt.

Notwendigerweise ist der ermittelte Provisionsbetrag abzuzinsen¹⁹⁰⁾. Der in der Vorfalligkeit gemäß § 89b HGB analog berechnete Ausgleichsanspruch liegende Vorteil ist durch Abzinsung auszugleichen. Das LG Köln¹⁹¹⁾ bemüht insoweit die Methode von *Gillardon*¹⁹²⁾. Dies hat der BGH nicht beanstandet¹⁹³⁾.

Notwendigerweise ist dann dem – abgezinsten – Betrag die gesetzliche Mehrwertsteuer hinzuzufügen¹⁹⁴⁾.

V. Das Ersatzteilgeschäft

Entgegen der Auffassung des OLG Köln¹⁹⁵⁾ hat der BGH¹⁹⁶⁾ es abgelehnt, den Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB analog auch für die Provisionsverluste anzuerkennen, die dem Vertragshändler aus dem Umsatz im Ersatzteilgeschäft entstanden sind.

1. Die Begründung des BGH

Die wesentliche Argumentation des BGH¹⁹⁷⁾ zentriert hier erneut auf der Differenzierung zwischen einer »werbenden« Tätigkeit und der davon getrennten, »auch in ihrer wirtschaftlichen Funktion und in ihrer rechtlichen Einordnung unterschiedlichen Aufgabe«¹⁹⁸⁾, die der Vertragshändler im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Werkstatt wahrnimmt.

Es verdient jedoch unterstrichen zu werden, daß der BGH¹⁹⁹⁾ keineswegs eine endgültige, alle weiteren Erwägungen abschließende Stellungnahme formuliert hat. Vielmehr findet sich die Erkenntnis:

»Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Klägerin auch keine besonderen werblichen Leistungen dafür erbracht, Kunden gerade für den Einbau von Ersatzteilen, die die Beklagte lieferte, in Fahrzeuge zu gewinnen«²⁰⁰⁾.

2. Die Auffassung von Horn

Anknüpfend an die »naheliegende Erfahrungstatsache«²⁰¹⁾, die offenbar der Lebenswirklichkeit entspricht, meint *Horn*, »daß Neuwagenwerb und Inanspruchnahme des Wartungs- und Reparaturdienstes sowie der Erwerb von Originalersatzteilen in einem Kausalzusammenhang stehen«²⁰²⁾. Damit aber sei die »werbende Leistung«²⁰³⁾ des Vertragshändlers, die dieser bei Neuwagenverkauf erbringt, gleichzeitig Voraussetzung »für die Folgeumsätze im Werkstatt- und Ersatzteilbereich«²⁰⁴⁾.

3. Eigene Auffassung

Für den Bereich der Gewährleistungs- und Garantiarbeiten wurde bereits im Vorstehenden die Auffassung entwickelt, daß insoweit – auch nach Auffassung des BGH²⁰⁵⁾ – ein »Händlereinfluß«²⁰⁶⁾ anzuerkennen ist, der in unauflösbarem Zusammenhang mit dem Neuwagengeschäft auf die Schaffung eines Kundenstamms im Sinne von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zielt. Insoweit dokumentiert sich die dem Vertragshändler zuzurechnende, für die insoweit erforderliche Mitursächlichkeit ausreichende Service- und Betreuungsfunktion²⁰⁷⁾.

a) Die BGH-Judikatur zur Bezugs- und Verwendungsbindung bei Kfz-Ersatzteilen

Wie eng die Verflechtung zwischen der werbenden Tätigkeit des Vertragshändlers einerseits und seiner Service- und Betreuungsfunktion im Ersatzteilbereich andererseits ist, ergibt sich – nicht zuletzt – auch

aus der Rechtsprechung des BGH zur Händlerbindung im Bereich der Kfz-Ersatzteile, auf die hier mit Nachdruck hinzuweisen ist:

Dieser Zusammenhang wird deutlich durch den Beschluß des BGH vom 28. 9. 1972²⁰⁸⁾ belegt. Es heißt dort:

»Das Ersatzteilgeschäft steht in engem wirtschaftlichen und technisch-funktionalem Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Neuwagen, durch die Ersatzteilbedarf erst hervorgerufen wird und von denen er abhängig ist. Die Teilnahme des Kfz-Herstellers am Wettbewerb erschöpft sich nicht im Verkauf des fertigen Erzeugnisses. Sie erfordert vielmehr wegen der Eigenart dieses Erzeugnisses als eines komplizierten und wartungsbedürftigen technischen Gerätes von längerer Lebensdauer *weitere Leistungen*, vor allem eine laufende Wartung und Instandsetzung, die für die Beurteilung des Hauptproduktes, des Kraftfahrzeuges, in den beteiligten Verkehrskreisen *mitbestimmend* sind«²⁰⁹⁾.

In ähnlicher Weise argumentiert der BGH in seinem Beschluß vom 22. 9. 1981²¹⁰⁾. Diese Entscheidung betrifft einen Vertragshändlervertrag mit den VW AG-Betrieben; kartellrechtlich ging es – nicht zuletzt – um die Frage, ob die den VW AG-Betrieben aufgrund dieses Vertrages auferlegte Bezugs- und Verwendungsbindung für Ersatzteile im Sinn von § 26 Abs. 2 GWB unbillig ist. Für die Weiterführung der vorerwähnten BGH-Entscheidung²¹¹⁾ erklärt der BGH nunmehr:

»Die Tauglichkeit des Kraftwagens zu dem vorausgesetzten Gebrauch hängt daher zu einem erheblichen Teil davon ab, ob für Wartung, regelmäßige Überprüfung und gegebenenfalls Reparatur ein auf das jeweilige Fahrzeug zugeschnittener Kunden- und Ersatzteildienst besteht. Für den *Entschluß* zum Kauf eines Kraftwagens ist unter diesen Umständen *in erheblichem Maße* mitbestimmend, ob für das zur Wahl stehende Fabrikat ein Kundendienst vorhanden ist, wie zuverlässig er arbeitet und wie dicht sein Netz geknüpft ist. Wegen dieses Zusammenhanges zwischen Neuwagengeschäft einerseits, Kundendienst und Ersatzteilgeschäft andererseits müssen die Kraftwagenhersteller den Absatz von Neufahrzeugen auch dadurch zu fördern und sichern suchen, daß sie einen auf die jeweilige Fahrzeugkonstruktion zugeschnittenen Kundendienst von Fachleuten einrichten, die mit dieser Konstruktion besonders vertraut sind, über die damit gemachten Erfahrungen auf dem laufenden gehalten werden, in ständiger Verbindung mit dem Herstellerwerk an den verkauften Fahrzeugen Wartungen, Kontrollen und Instandsetzungen vornehmen und die dafür benötigten Ersatzteile abgeben«²¹²⁾.

b) Schlußfolgerung

Berücksichtigt man den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, so kann – auch unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 89b HGB – kein Zweifel daran bestehen, daß das *gesamte Ersatzteilgeschäft* für den Kaufentschluß des Kunden ebenso mitursächlich ist wie der darin dokumentierte »Händlereinfluß«²¹³⁾. Anders gewendet: Die für § 89b HGB erforderliche Schaffung eines Kundenstamms ist untrennbar mit dem Ersatzteilgeschäft des Vertragshändlers verknüpft, das integraler Bestandteil des Neuwagenverkehrs ist. Diese enge Verbindung zwischen dem Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB und der Verwendung von Original-Ersatzteilen wird auch vom BGH in seiner Entscheidung vom 25. 3. 1982 betont²¹⁴⁾. Es heißt nämlich dort:

»Hinsichtlich der Reparaturleistungen liegt es zudem in der Natur der Kfz-Branche, daß die Kunden einer ausgeschiedenen Vertragswerkstatt in aller Regel eine andere Vertragswerkstatt derselben Marke aufsuchen, schon um die Originalaustausch- und Ersatzteile zu erhalten«²¹⁵⁾.

Wenn aber wegen der unauflösbaren Verflechtung zwischen Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft die Mitursächlichkeit der werbenden Tätigkeit des Vertragshändlers in der Kfz-Branche – bezogen auf die Schaf-

¹⁸⁹⁾ So auch *Horn*, ZIP 1988 S. 137, 143.

¹⁹⁰⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁹¹⁾ LG Köln 88 O 100/82 – S. 18.

¹⁹²⁾ *Küstner/von Mantuffel*, a. a. O., RdNr. 226.

¹⁹³⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387; vgl. auch *Horn*, ZIP 1988 S. 137, 141.

¹⁹⁴⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1385.

¹⁹⁵⁾ OLG Köln, 25 U 20/84.

¹⁹⁶⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁹⁷⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

¹⁹⁸⁾ BGH, a. a. O.

¹⁹⁹⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

²⁰⁰⁾ BGH, a. a. O.

²⁰¹⁾ *Horn*, ZIP 1988 S. 137, 144.

²⁰²⁾ *Horn*, a. a. O.

²⁰³⁾ *Horn*, a. a. O.

²⁰⁴⁾ *Horn*, a. a. O.

²⁰⁵⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²⁰⁶⁾ BGH, a. a. O.

²⁰⁷⁾ BGH, a. a. O.

²⁰⁸⁾ BGH, WuW/E BGH 1233 = DB 1972 S. 1909 – Original-VW-Ersatzteile.

²⁰⁹⁾ BGH 1234 – Kursivstellungen hinzugefügt.

²¹⁰⁾ WuW/E BGH 1829 = DB 1982 S. 35 – Original-VW-Ersatzteile II.

²¹¹⁾ BGH, WuW/E 1233 = DB 1972 S. 1909.

²¹²⁾ BGH, WuW/E 1335.

²¹³⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²¹⁴⁾ BGH, DB 1982 S. 2293 = NJW 1982 S. 2819, 2820.

²¹⁵⁾ S. 2820.

fung eines Kundenstamms – feststeht²¹⁶⁾, so kann sich nur noch die Frage stellen, ob im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB auch die gesamte Ersatzteilgeschäft betreffenden Provisionen berücksichtigungsfähig sind.

aa) Die Schaffung eines Kundenstamms als das Ergebnis der Tätigkeit des Vertragshändlers

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 4. 5. 1959²¹⁷⁾ im einzelnen dargelegt, daß sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte von § 89b HGB²¹⁸⁾ als auch aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung²¹⁹⁾ herleiten lasse, daß lediglich die Abschlußprovisionen Gegenstand des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB sind. Denn die Abschlußprovision stellt für den Handelsvertreter eine Vergütung des Erfolges seiner Tätigkeit dar, die in der Schaffung eines Kundenstamms liegt, welche der Prinzipal – auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages – noch weiter nutzen kann. Anders gewendet: Alle Provisionsentgelte, die dem Handelsvertreter als Gegenleistung für die Schaffung des Kundenstamms zufließen, sind ausgleichspflichtig²²⁰⁾. Allein die Schaffung eines Kundenstamms ist Rechtfertigung dafür, daß dem Handelsvertreter gemäß § 89b HGB ein Ausgleichsanspruch zufließt²²¹⁾.

Für den in der Kfz-Branche tätigen Vertragshändler kann nichts anderes gelten: Auch hier ist der in analoger Anwendung von § 89b HGB dem Vertragshändler zufließende Ausgleichsanspruch Entgelt dafür, daß der Vertragshändler aufgrund seines »Händlerinflusses«²²²⁾ zugunsten des jeweiligen Herstellers/Importeurs einen Kundenstamm geschaffen hat, den dieser – auch nach Beendigung des Vertragshändlervertrages – noch weiterhin nutzen kann²²³⁾.

Im Gegensatz zur Diktion des BGH in seiner Entscheidung vom 15. 11. 1984²²⁴⁾ kommt es also nicht entscheidend darauf an, inwieweit die vom Handelsvertreter übernommenen – sonstigen – Aufgaben mit seiner werbenden Tätigkeit »eng verknüpft sind«²²⁵⁾. Denn die »werbende Tätigkeit«²²⁶⁾ des Handelsvertreters ist wiederum ihrerseits nur insoweit Gegenstand des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB, als sie zur Schaffung eines Kundenstamms führt, den der Prinzipal auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages weiterhin nutzen kann²²⁷⁾. Sieht man also die »werbende Tätigkeit« des Handelsvertreters²²⁸⁾ lediglich als Voraussetzung dafür, daß – entsprechend den Kriterien von § 89b HGB – ein Kundenstamm zugunsten des Prinzipals geschaffen wird, so ist klar: Der vom Handelsvertreter geschaffene Kundenstamm ist das *Ergebnis* seiner werbenden Tätigkeit; darin liegt der ausgleichspflichtige Vorteil, den der Prinzipal nach Beendigung des Handelsvertretervertrages weiterhin nutzen kann, so daß alle Provisionen im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB ausgleichspflichtig sind, die der Schaffung eines Kundenstamms dienen²²⁹⁾.

bb) Das Differenzierungsverbot

Für den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers in analoger Anwendung von § 89b HGB kann in der Sache nichts anderes gelten. Der Kundenstamm ist hier sowohl das Ergebnis des Neuwagen- sowie des Ersatzteilgeschäfts, weil – wie vom BGH festgestellt²³⁰⁾ – zwischen dem Neuwagen- und dem Ersatzteilgeschäft eine unauflösbare Einheit besteht, welche sowohl von der Hersteller- als auch von der Käuferseite für den jeweiligen Kaufentschluß als Faktum anerkannt wird. Wenn es unter diesem Betracht – bezogen auf die Schaffung eines Kundenstamms – nicht angeht, zwischen den verschiedenen Aspekten der werbenden Tätigkeit des Vertragshändlers zu differenzieren, solange die Kausalität für die Schaffung des Kundenstamms erwiesen ist²³¹⁾, so kann auch nicht danach differenziert werden, inwieweit eine Tätigkeit des Vertragshändlers – wiederum: bezogen auf die Schaffung eines Kundenstamms – mehr oder weniger im Vordergrund steht²³²⁾. Das eine wie das andere ist willkürlich und vom Zweck des § 89b HGB nicht gedeckt.

Daß der BGH im Rahmen von § 89b HGB lediglich die Abschlußprovision, nicht aber sonstige Provisionsentgelte berücksichtigt, obwohl diese für die Schaffung eines Kundenstamms ursächlich sind, liegt freilich – dogmatisch gewertet – darin begründet, daß der BGH von der ursprünglich angenommenen »Gesetzesanalogie«²³³⁾ offensichtlich auf eine Typenalogie übergewechselt ist: Wie dargestellt, geht der BGH vom »Begriff« des Handelsvertreters aus²³⁴⁾, obwohl es angesichts der gesamten Struktur des Handelsvertreterrechts keineswegs einen einheitlichen Begriff oder Typ des Handelsvertreters – und entsprechender Provisionsleistungen – gibt²³⁵⁾. Zutreffender Ansatzpunkt für eine Analogie kann deshalb nur sein, Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB – für sich betrachtet – in den Vordergrund zu stellen und dann alle Provisionen, die für die Schaffung eines Kun-

denstamms ursächlich sind, soweit der Prinzipal diesen auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages noch weiter nutzen kann, ausgleichspflichtig zu machen.

4. Zwischenergebnis

Da der BGH²³⁶⁾ die Möglichkeit offenläßt, daß auch die werbende Tätigkeit des Vertragshändlers in der Kfz-Branche – bezogen auf den Bereich des Reparatur- und Ersatzteilgeschäfts – Gegenstand eines Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB sein kann, ist es von entscheidender Bedeutung, daß zwischen dem Neuwagen- und dem Ersatzteilgeschäft einerseits und dem Ersatzteilgeschäft andererseits eine untrennbare Einheit besteht; es handelt sich beim Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft um ein einheitliches Leistungsbündel, welches in der Kfz-Branche sowohl dem jeweiligen Hersteller/Importeur der betreffenden Kfz-Marke als auch dem jeweiligen Vertragshändler aufgrund seines »Händlerinflusses«²³⁷⁾ zugerechnet wird – mit der Folge, daß der Entschluß, einen Neuwagen zu kaufen, ganz entscheidend von der Qualität der Betreuung- und Serviceleistungen abhängt, die der jeweilige Händler dem kaufenden Publikum anbietet. Wegen dieser untrennbaren Verflechtung zwischen Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft beruht die Schaffung eines Kundenstamms als Ansatzpunkt, dem betreffenden Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB zu gewähren, gleichermaßen auf dem Neuwagen- wie auf dem Ersatzteilgeschäft.

5. Berechnungsfragen

Notwendigerweise müssen auch im Bereich des Ersatzteilgeschäfts die Vertragshändlerabatte im Rahmen der analogen Anwendung von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB »auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt«²³⁸⁾ werden. Allerdings ist es in diesem Bereich nicht möglich, auf eine entsprechende Provision eines Handelsvertreters in der Kfz-Branche abzuheben, weil es hier keine Organisation gibt, bei der der Typus des Handelsvertreters verwendet wird: Auch die VWAG wie die Daimler-Benz AG behandeln insoweit ihre Vertragspartner als Vertragshändler, die die Ersatzteile im eigenen Namen und für eigene Rechnung verkaufen.

Bei der Mehrzahl der in der Kfz-Branche tätigen Vertragshändler beträgt die Brutto-Handelsspanne für Ersatzteile ca. 30 %. Unter Berücksichtigung der – betriebswirtschaftlich determinierten – Aussage des BGH²³⁹⁾ ist jedenfalls das *Lagerisiko* von dem Rabatt abzuziehen. Betriebswirtschaftlich sind auch der Zinsverlust für die Lagerhaltung sowie die sonstigen Kosten, die unmittelbar mit der Lagerhaltung zusammenhängen, in Abzug zu bringen.

Nach Auffassung des OLG Köln²⁴⁰⁾ beträgt danach die entsprechende Provision ca. 25 %.

Da indessen lediglich die vom betreffenden Vertragshändler geworbenen Kunden – Mehrfach- und (abgeschwächt) Einmalkunden – dem Kundenstamm gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zuzurechnen sind, gilt Gleiches für den Bereich des Ersatzteilgeschäfts: Auch hier können die Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB nur aufgrund der

²¹⁶⁾ Vgl. auch *Küstner/von Manteuffel*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, Rdnr. 253.

²¹⁷⁾ BGHZ 30 S. 98, 100 ff. = DB 1959 S. 677.

²¹⁸⁾ S. 101.

²¹⁹⁾ S. 101 f.

²²⁰⁾ BGHZ 30 S. 98, 102 = DB 1959 S. 677; BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

²²¹⁾ BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431.

²²²⁾ BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²²³⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1385.

²²⁴⁾ BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

²²⁵⁾ BGH, a.a.O.

²²⁶⁾ BGH, a.a.O.

²²⁷⁾ BGHZ 24 S. 214, 222 = DB 1957 S. 528; BGHZ 30 S. 98, 102 ff. = DB 1959 S. 677; BGHZ 61 S. 112, 116 = DB 1973 S. 1740; BGH, NJW 1985 S. 860, 861.

²²⁸⁾ BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

²²⁹⁾ So im einzelnen auch Schröder, in *Festschrift für Nipperday*, S. 715, 717 ff.

²³⁰⁾ BGH WuW/E 1233; BGH WuW/E 1829.

²³¹⁾ A. M. BGH, DB 1985 S. 747 = NJW 1985 S. 860, 861.

²³²⁾ So aber auch *Küstner/von Manteuffel*, a.a.O., Rdnr. 310.

²³³⁾ BGHZ 29 S. 83, 87 = DB 1958 S. 1457.

²³⁴⁾ BGH, NJW 1959 S. 1430, 1431; BGH, WM 1975 S. 931, 935.

²³⁵⁾ *Schröder*, a.a.O., S. 715 ff. m. w. N.

²³⁶⁾ BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

²³⁷⁾ BGH, DB 1983, 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²³⁸⁾ BGHZ 29 S. 83, 91 = DB 1958 S. 1457.

²³⁹⁾ BGHZ 29 S. 83, 91 = DB 1958 S. 1457.

²⁴⁰⁾ OLG Köln 25 U 20/84 – S. 19 f.

entsprechenden – vom Vertragshändler nachzuweisenden – Stammkunden in Ansatz gebracht werden. Keineswegs ist es zulässig, den gesamten Umsatz im Ersatzteilgeschäft der Berechnung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB zugrunde zu legen. Ob man hier unter Berücksichtigung von § 287 ZPO mit dem gleichen Quotenschlüssel arbeiten kann, der für das Neuwagengeschäft dargestellt wurde, erscheint indessen fraglich. Zwar besteht eine unmittelbare, unauflösbare Verflechtung zwischen dem Neuwagen- und dem Ersatzteilgeschäft; will aber der Vertragshändler für die im Ersatzteilgeschäft erlittenen Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB einen Ausgleichsanspruch reklamieren, so muß er in ausreichend plausibler Weise zunächst den Nachweis erbringen, daß zumindest ein ganz erheblicher Teil des von ihm im Neuwagengeschäft erworbenen Kundenstamms auch seine Reparaturleistungen in Anspruch genommen hat. Dazu kann auf § 287 ZPO zurückgegriffen werden, auch in Anlehnung an die Quoten, die für das Neuwagengeschäft ermittelt wurden. Demgegenüber gestaltet sich die Berechnung der Provisionsverluste im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB für die im Bereich der Garantie- und Gewährleistungsverpflichtungen benötigten Ersatzteile leichter: Hier spricht zunächst eine – freilich widerlegbare – Vermutung dafür, daß die betreffenden Neuwagenkunden auch die Serviceleistungen des betreffenden Vertragshändlers für etwaige Garantie- und Gewährleistungsarbeiten in Anspruch genommen haben, sofern der Wohnsitz des betreffenden Neuwagenkunden nahe am Sitz des betreffenden Vertragshändlers gelegen ist. Ist dies nicht der Fall, kann es durchaus sein, daß der betreffende Neuwagenkunde die erforderlichen Garantie- und Gewährleistungsarbeiten von einem anderen Vertragshändler durchführen läßt, so daß er im Sinn von § 89b Abs. 1 HGB weder mit dem einen noch mit dem anderen eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung unterhält.

VI. Provisionsverluste aus Umsätzen mit Untervertretern

1. Die Auffassung des BGH

Grundsätzlich anerkennt der BGH²⁴¹⁾, daß auch ein Handelsvertreter, der einen Untervertreter beschäftigt, der im eigenen Namen Handelsvertreterverträge abgeschlossen hat, berechtigt ist, für die Tätigkeit seines Unterververtreters einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB geltend zu machen. Unter Berücksichtigung der zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation stellte der BGH²⁴²⁾ indessen fest, daß hier der Vertragshändler »nicht als eine Art Generalvertreter mit Kontroll- und Aufsichtsbefugnissen« gegenüber den Unterorganisationspartnern aufgetreten ist, »sondern als selbständiger Zwischenhändler«²⁴³⁾, dessen Tätigkeit »sich in einer allgemeinen Beratung erschöpft hat«²⁴⁴⁾. Doch von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH²⁴⁵⁾ anmerkt, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, »daß durch den Ausfall der Rabatte auf die Umsätze mit den X-Partnern der Klägerin ein nach § 89b HGB rechtlich beachtlicher Provisionsverlust entstanden« ist. Daß freilich der BGH auch in diesem Zusammenhang auf das Erfordernis der »werbenden Tätigkeit«²⁴⁶⁾ abhebt, fügt sich in die bereits mehrfach behandelte – und nicht für zutreffend angesehene – Argumentationskette dieser Entscheidung nahtlos ein.

2. Die Auffassung von Horn

Horn²⁴⁷⁾ übernimmt im Ansatz die Argumentation des BGH, meint aber – bezogen auf die dem Vertragshändler übertragene »allgemeine Beratung«²⁴⁸⁾ –, diese könne gegenüber den Unterorganisationspartnern durchaus als eine »werbende Tätigkeit«²⁴⁹⁾ qualifiziert werden, nämlich: als »eine Förderung der Umsätze der Unterhändler, die beim Ausgleichsanspruch zu berücksichtigen ist«²⁵⁰⁾. So gesehen stellt Horn²⁵¹⁾ entscheidend darauf ab, ob eine organisatorische Einheit zwischen Vertragshändler/Haupthändler einerseits und Unterorganisationspartnern andererseits besteht, oder ob dieses Verhältnis »eher organisatorisch distanziert«²⁵²⁾ gestaltet ist, so daß die vom Vertragshändler/Haupthändler übernommenen »Beratungs- und Betreuungsleistungen denen vergleichbar sind, die er Privatpersonen angedeihen läßt, um sie als Kunden zu gewinnen oder als Stammkunden zu halten«²⁵³⁾.

3. Eigene Auffassung

An anderer Stelle²⁵⁴⁾ wurde im einzelnen die Auffassung entwickelt, daß die in der Kfz-Branche üblicherweise eingeschalteten Unterorganisationspartner, die als Servicestationen oder auch als selbständige Unterhändler einem Vertragshändler/Haupthändler angegliedert sind, als Neukunden im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB zu qualifizieren sind. Denn der Vertragshändler/Haupthändler hat in der Kfz-Branche, so wurde argumentiert, im praktischen Ergebnis die Stellung eines Großhändlers. Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB wurde es deshalb als entscheidend angesehen, ob eine Mitursächlichkeit des Vertragshändlers/Haupthändlers – bezogen auf die den Unterorganisationspartnern gewährte Betreuungsfunktion – vorliegt, z. B. durch Lieferung der geordneten Neuwagen, Stellung von Vorfürhewagen, Ersatzteilbevorratung, gemeinsamen Werbemaßnahmen²⁵⁵⁾. Aus diesem Grunde wurde die dem Vertragshändler/Haupthändler zustehende Rabattvergütung – sie beträgt im Neuwagengeschäft in der Regel zwei bis drei Prozent vom Endkunden-Verkaufspreis – als Superprovision behandelt, die – vergleichbar – ein Hauptvertreter einem unechten Untervertreter schuldet.

Hollmann²⁵⁶⁾ ist dieser Auffassung entgegengetreten. Er hat geltend gemacht, daß eine bloße Betreuungsfunktion nicht ausreicht, einen Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB zu begründen. Vielmehr komme es auf eine Tätigkeit des Vertragshändlers/Haupthändlers an, die als »unentbehrliche Voraussetzung für das Arbeiten der ihm unterstellten Vertreter und daher mitursächlich für die von diesem vermittelten Abschlüsse« ist²⁵⁷⁾: Diese Kriterien aber, so erklärt Hollmann²⁵⁸⁾, lägen »in der Automobilbranche in der Regel nicht vor«. Denn – so Hollmann – die wesentliche Funktion des Vertragshändlers/Haupthändlers erschöpft sich zum einen in der administrativen Betreuung, zum anderen in der »Verteilerfunktion bei der Abwicklung der vom »Unterhändler« bestellten Fahrzeuge«²⁵⁹⁾. Insbesondere macht Hollmann geltend, der Vertragshändler/Haupthändler sei in der Kfz-Branche überhaupt nicht berechtigt, einen Unterorganisationspartner »selbständig« auszuwählen »oder gar vertraglich« einzusetzen²⁶⁰⁾. Denn »die entsprechenden Ausweis-, Bestimmungs- und Benennungsrechte wird sich legitimerweise der Hersteller/Importeur vertraglich vorbehalten haben, dem dann auch allein die geographische und organisatorische Gestaltung der »Unterorganisation« obliegt«²⁶¹⁾.

Im Ansatz überzeugen die von Hollmann²⁶²⁾ vorgetragenen Argumente, doch sie schlagen im Ergebnis nicht voll durch. Ansatzpunkt für die zutreffende Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB ist – entsprechend dem zuvor Gesagten –, daß der Nachweis erbracht werden kann: Die Tätigkeiten des Vertragshändlers/Haupthändlers waren mitursächlich dafür, so daß durch die Aktivitäten der Unterorganisationspartner ein Kundenstamm geschaffen wurde, der dem jeweiligen Hersteller/Importeur nach Beendigung des Vertragshändlervertrags verbleibt und von diesem genutzt werden kann. Unter dieser Perspektive wird man sicherlich den jeweiligen Unterorganisationspartner – für sich allein genommen – nicht als Kunden im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB qualifizieren können. Denn es obliegt in der Tat dem jeweiligen Hersteller/Importeur – freilich: zusammen mit dem Vertragshändler/Haupthändler – die Unterorganisationspartner vertraglich einzubinden. Zwar kommt – regelmäßig – der betreffende Unterhändlervertrag erst dann zustande, wenn sowohl der Vertragshändler/Haupthändler als auch der jeweilige Hersteller/Importeur der Einsetzung des Unterorganisationspartners zugestimmt haben.

241) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387.

242) BGH, a.a.O.

243) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1387 f.

244) S. 1388.

245) S. 1388.

246) S. 1388.

247) ZIP 1988 S. 137, 145 f.

248) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1388.

249) Horn, ZIP 1988 S. 137, 145.

250) S. 145.

251) S. 146.

252) S. 146.

253) S. 146.

254) Graf von Westphalen, DB-Beilage Nr. 24/84 S. 11 f.

255) Graf von Westphalen, DB-Beilage Nr. 24/84 S. 12.

256) BB 1985 S. 1023, 1031.

257) BGHZ 56 S. 290, 293.

258) BB 1985 S. 1023, 1031.

259) S. 1031.

260) S. 1031.

261) S. 1031.

262) BB 1985 S. 1023, 1031.

Allein, Einsetzung und Bestimmung des betreffenden Unterhändlers obliegen – und dieser Sachzusammenhang wurde bislang nicht so klar gesehen²⁶³ – dem jeweiligen Hersteller/Importeur. So gesehen reduziert sich die für die Zuerkennung des Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung von § 89b HGB erforderliche Mitursächlichkeit auf die Zustimmung zu der bereits vom jeweiligen Hersteller/Importeur im Vorfeld entschiedenen Einsetzung des jeweiligen Unterorganisationspartners. Dies aber reicht für die von § 89b HGB geforderte Mitursächlichkeit regelmäßig nicht aus.

So gesehen kommt es aber entscheidend darauf an, den Nachweis zu erbringen, daß die für § 89b HGB geforderte Mitursächlichkeit – bezogen auf den vom Vertragshändler/Haupthändler entfaltenen »Händler-einfluß«²⁶⁴) – gegenüber dem jeweiligen Unterorganisationspartner deutlich höher liegt als in der reinen Verteilerfunktion dokumentiert, die die Distribution des Neuwagengeschäfts betrifft. Hier wird man in der Tat das Stichwort der »werbenden Tätigkeit«²⁶⁶) zum Nennwert nehmen können: Entscheidend und maßgeblich kommt es also darauf an, daß der Vertragshändler/Haupthändler verkaufsfördernde, werbende Maßnahmen zugunsten seiner Unterorganisationspartner durchgeführt hat, die eine Mitursächlichkeit im Hinblick auf den den Unterorganisationspartner zuzurechnenden Kundenstamm erweisen. Das ist vom jeweiligen Vertragshändler zu beweisen, einschließlich des entsprechenden Provisionsverlustes gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB.

4. Schlußfolgerung

Ob und inwieweit diese Voraussetzungen vorliegen, läßt sich nicht generell sagen; es kommt hier entscheidend darauf an, die Umstände des jeweiligen Einzelfalls exakt aufzubereiten. So gesehen wird man jedenfalls nicht mehr argumentieren können, die dem Vertragshändler/Haupthändler zufließende »Superprovision« sei in jedem Fall als Provisionsverlust im Sinn von § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB zu qualifizieren. Man wird jedoch auch nicht notwendigerweise soweit gehen müssen, die Tätigkeit des Vertragshändlers/Haupthändlers als eine »unentbehrliche Voraussetzung für das Arbeiten der ihm unterstellten« Unterorganisationspartner²⁶⁶) zu qualifizieren, weil es für den Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89b HGB ausreicht, daß eine Mitursächlichkeit des Vertragshändlers – bezogen auf die Schaffung des Kundenstamms – festgestellt wird²⁶⁷). Diese indessen auch in bezug auf die Unterorganisationspartner nachzuweisen, ist und bleibt unverzichtbar.

²⁶³) Graf von Westphalen, DB-Beilage Nr. 24/1984 S. 11 f.

²⁶⁴) BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877, 2879.

²⁶⁵) BGH, ZIP 1987 S. 1383, 1388.

²⁶⁶) BGHZ 56 S. 290, 293 = DB 1971 S. 1409.

²⁶⁷) BGH, DB 1983 S. 2412 = NJW 1983 S. 2877.