BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 212/08

Verkündet am:
29. Juni 2011
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 89a Abs. 1 Satz 1

Setzt der Handelsvertreter (Vertragshändler) eine ihm vertraglich verbotene Konkurrenztätigkeit ungeachtet einer Abmahnung des Unternehmers (Herstellers/Importeurs) fort, so ist eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nicht deswegen unwirksam, weil der Unternehmer (Hersteller/Importeur) die Abmahnung erst mehrere Monate nach dem Zeitpunkt ausgesprochen hat, zu dem er von der verbotswidrigen Konkurrenztätigkeit Kenntnis erlangt hat.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 212/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Juni 2008 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 9. Februar 2007 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die Motorräder vertreibt, schloss mit der Beklagten, der deutschen Tochtergesellschaft eines japanischen Motorradherstellers, im Jahre 2003 einen "Händlervertrag". Dieser bestimmt in Ziffer 5.6.1 ("Wettbewerbsverbot") unter anderem, dass die Klägerin Konkurrenzprodukte nicht ohne vorherige Zustimmung der Beklagten verkaufen darf. In Ziffer 7.1 des Vertrages ist die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung mit einer Frist von 18 Monaten zum Monatsende, erstmals zum 31. August 2005, vorgesehen. Gemäß Ziffer 7.3

bleibt das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund unberührt; ein wichtiger Grund soll (unter anderem) insbesondere dann vorliegen, wenn eine der Vertragsparteien gegen wesentliche Bestimmungen des Händlervertrages verstößt (Ziffer 7.3.7).

2 In einer Anlage zum Händlervertrag erteilte die Beklagte ihre Zustimmung zum Vertrieb von Motorrädern der Marken A. , D. , T. und M. . Eine von der Klägerin Anfang des Jahres 2004 begehrte Zustimmung zum Verkauf von Motorrollern der Marke P. erteilte die Beklagte hingegen nicht. Ende August 2004 teilte die Klägerin der Beklagten schriftlich mit, dass sie gleichwohl die Marke P. in ihr Fahrzeugsortiment aufgenommen habe. Daraufhin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 8. September 2004 die Klägerin zur unverzüglichen Einstellung des Vertriebs von P. -Produkten auf und drohte für den Fall der Weigerung mit der fristlosen Kündigung des Händlervertrages. Die Klägerin teilte der Beklagten hierauf mit, sie werde den Vertrieb dieser Produkte einstellen und nur noch den Restbestand verkaufen. Die Beklagte erklärte sich daraufhin mit einem Abverkauf bis zum 31. Dezember 2004 einverstanden.

3 Spätestens am 7. Juni 2005 stellte die Beklagte jedoch fest, dass auf dem Betriebsgrundstück der Klägerin in einem Zelt neben deren Verkaufshalle Motorroller der Marke P. verkauft wurden. Mit Schreiben vom 21. September 2005 forderte die Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung bis zum 28. September 2005 auf, den Vertrieb von P. -Fahrzeugen einzustellen, und kündigte anderenfalls die außerordentliche Kündigung des Händlervertrages an. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 4. Oktober 2005 unter Berufung auf die Ziffern 5.6.1 und 7.3.7 des Händlervertrages dessen fristlose Kündigung.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4 Mit ihrer Klage hat die Klägerin zunächst die Feststellung begehrt, dass der Händlervertrag durch diese Kündigung nicht mit sofortiger Wirkung beendet worden ist, sondern über den 4. Oktober 2005 hinaus fortbesteht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert und - entsprechend dem auf einen gerichtlichen Hinweis geänderten Klageantrag - festgestellt, dass der zwischen den Parteien bestehende Händlervertrag nicht durch die mit Schreiben der Beklagten vom 4. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung mit sofortiger Wirkung sein Ende gefunden, sondern bis zum 30. April 2007 fortbestanden hat. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Zulässigkeit der Feststellungsklage stehe nicht entgegen, dass das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen festgestellt werden solle, inzwischen ein vergangenes sei, da sich aus dem Händlervertrag nach dem Vorbringen der Klägerin noch Rechtsfolgen, wie etwa eine Rücknahmeverpflichtung von Ersatzteilen, ergeben könnten. Dass die Klägerin nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Leistungsklage zum Beispiel auf Rücknahme von Er-

satzteilen oder Ausgleich gemäß § 89b HGB analog erheben könne, stehe der Zulässigkeit ebenfalls nicht entgegen. Werde eine Leistungsklage nach zunächst zulässiger Feststellungsklage erst nachträglich möglich, entfalle hierdurch das Feststellungsinteresse der bereits anhängigen Feststellungsklage jedenfalls in zweiter Instanz nicht.

8 Die Klägerin habe einen Anspruch auf Feststellung, dass das Vertragsverhältnis der Parteien durch die seitens der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 4. Oktober 2005 nicht vor dem 30. April 2007 sein Ende gefunden habe. Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehe zwar fest, dass die Klägerin gegen das im Händlervertrag vereinbarte Konkurrenzverbot verstoßen habe. Dies habe das Landgericht im Einzelnen zutreffend ausgeführt und werde mit der Berufung nicht mehr angegriffen. Die Beklagte habe von dem ihr wegen der unerlaubten Konkurrenztätigkeit der Klägerin zustehenden Kündigungsrecht aber zu spät Gebrauch gemacht und dadurch ihr fristloses außerordentliches Kündigungsrecht verwirkt.

9 Entscheidend für die Frage, binnen welcher Frist die fristlose Kündigung nach Erlangung der Kenntnis von den maßgeblichen Umständen ausgesprochen werden müsse, sei der angemessene Zeitraum, den der Kündigungsberechtigte zur Sachverhaltsaufklärung und Überlegung benötige. § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB sei auf das Handelsvertreterverhältnis und das ihm ähnliche Vertragshändlerverhältnis nicht, auch nicht analog, anwendbar. Es entspreche jedoch einem allgemeinen Rechtsgedanken, dass das Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nur innerhalb angemessener Zeit ausgeübt werden könne, nachdem der Berechtigte von den Kündigungstatsachen Kenntnis erlangt habe. Denn es bestehe ein schutzwürdiges Interesse des Handelsvertreters daran, baldmöglichst zu erfahren, ob er trotz der Möglichkeit des Unternehmers zur Kündigung des Vertretungsvertrages aus wichti-

gem Grund von einem Fortbestand des Vertragsverhältnisses ausgehen könne. Daraus folge, dass der Unternehmer bei hinreichend sicherer Kenntnis von den die Kündigung aus wichtigem Grund begründenden Umständen die Kündigung ohne schuldhaftes Zögern aussprechen müsse. Ein zweimonatiges Zuwarten werde in der Regel nicht mehr als angemessene Zeitspanne zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Überlegung der Folgerungen hierauf angesehen, weil es darauf hindeute, dass der Kündigende das beanstandete Verhalten selbst als nicht so schwerwiegend empfunden habe, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem anderen Teil bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar sei.

10 Die Beklagte habe bis zur Abmahnung am 21. September 2005 rund drei Monate zugewartet, ohne dass im konkreten Fall vorgetragen oder erkennbar gewesen sei, dass sie diese Zeit für eine Überprüfung oder Überlegung benötigt habe. Dies sei nach der herrschenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls zu lang. Für die Einräumung einer längeren Überlegungsfrist oder gar eines Fristbeginns nicht vor Beendigung des rechtswidrigen Zustandes analog der zu § 626 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze könne entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht der Umstand herangezogen werden, dass die Klägerin nicht nur einmalig, sondern dauerhaft gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot verstoßen habe. § 626 Abs. 2 BGB und die hierzu entwickelten Grundsätze seien nicht entsprechend anwendbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werde diese Bestimmung durch die auf einen Vertragshändler anwendbare Spezialvorschrift des § 89a HGB verdrängt, so dass der für den Handelsvertreter entwickelte Grundsatz einer fristlosen Kündigung regelmäßig nur innerhalb von zwei Monaten auch auf den Vertragshändler anwendbar sei. Im Interessenausgleich der Vertragsparteien sei es nicht erforderlich, dass der Vertragspartner des Vertragshändlers Kündigungsgründe gleichsam auf Vorrat sammele, um sie zu einem ihm genehmen Zeitpunkt unverhofft

dem Vertragshändler zu präsentieren. Dies müsse gerade bei Verstößen gegen im Vertragshändlervertrag typischerweise geregelte Wettbewerbs- und Konkurrenzverbote gelten, die häufig nicht einmalig, sondern auf Dauer angelegt seien. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe auch der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. Dezember 1993 (VIII ZR 157/92) ein Sachverhalt zugrunde gelegen, in dem der Vertrag wegen eines andauernden Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen - in diesem Fall eine vertraglich vereinbarte Mindestabnahmepflicht - nach Ablauf von vier Monaten seit Kenntnis von dem Minderbezug des zuvor abgelaufenen Vertragsjahres fristlos gekündigt worden sei. Der Bundesgerichtshof habe ausgeführt, es sei der (dortigen) Beklagten zwar unbenommen gewesen, den Minderbezug in einem Vertragsjahr abzuwarten und unbeanstandet zu lassen, um die weitere Entwicklung zu beobachten und eine Kündigung sodann auf den fortgesetzten Minderbezug im nächsten Vertragsjahr zu stützen; nehme der Vertragspartner des Vertragshändlers aber den am Ende des zweiten Vertragsjahres unschwer feststellbaren und festgestellten Minderbezug weit über eine angemessene Prüfungs- und Überlegungszeit hinaus ohne Reaktion hin, so könne er darauf eine außerordentliche Kündigung nicht mehr stützen.

11 Nichts anderes gelte im vorliegenden Fall. So sei es der Beklagten unbenommen gewesen, den ersten Vertragsverstoß im Jahre 2004 hinzunehmen und abzuwarten, ob die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nunmehr einhalte. Ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von einem erneuten Verstoß gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot - diesmal im Wege des Vertriebs der P. - Fahrzeuge über eine andere Gesellschaft, aber auf dem Grundstück der Klägerin - habe die Beklagte innerhalb angemessener Zeit abmahnen und kündigen müssen. Dies sei jedoch nicht geschehen. Umstände, die einen derart langen Zeitraum für ihre Überlegungen erforderlich gemacht hätten, habe die Beklagte nicht geltend gemacht.

12 Ihr neues und von daher bereits unbeachtliches Tatsachenvorbringen im Schriftsatz vom 19. Mai 2008, Kündigungsgrund sei die Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens trotz Abmahnung noch zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 4. Oktober 2005 gewesen, stehe bereits nicht im Einklang mit dem Inhalt des Kündigungsschreibens. Zudem ändere der Umstand, dass die Klägerin auch noch am 4. Oktober 2005 trotz Abmahnung weiterhin mit ihrem Verhalten gegen das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot verstoßen habe, nichts daran, dass die Beklagte seit Juni 2005 Kenntnis von genau diesem vertragswidrigen - fortgesetzten - Verhalten der Klägerin gehabt und dieses Verhalten unbeanstandet bis zur Abmahnung erst mit Schreiben vom 21. September 2005 geduldet habe. Gerade die Kenntnis von diesem dauerhaften Verstoß gegen vertragliche Pflichten hätte Anlass zu zeitnaher Reaktion gegeben. Sei eine Reaktion jedoch mehr als drei Monate lang unterblieben, habe bei der Klägerin das Vertrauen entstehen können, dass die Beklagte dieses Verhalten dulde oder zumindest nicht zum Anlass einer fristlosen Kündigung nehmen werde. Dass die Klägerin gegenüber der Beklagten bei einer Besichtigung am 28. September 2005 geäußert habe, das bislang geduldete Verhalten beibehalten zu wollen, stelle demgemäß keinen neuen Grund zur fristlosen Kündigung dar.

13 Die fristlose Kündigung vom 4. Oktober 2005 sei jedoch gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung mit der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist umzudeuten, da davon auszugehen sei, dass die Beklagte das Vertragsverhältnis auf jeden Fall habe beenden wollen. Damit habe der Händlervertrag zum 30. April 2007 sein Ende gefunden.

II.

14 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in den entscheidenden Punkten nicht stand.

15 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die außerordentliche Kündigung der Klägerin vom 4. Oktober 2005 rechtzeitig erfolgt und hat daher zur Beendigung des Händlervertrages der Parteien mit sofortiger Wirkung geführt.

16 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht von einem Fortbestehen des Feststellungsinteresses ausgegangen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist seit langem anerkannt, dass eine - wie hier - ursprünglich zulässige Feststellungsklage nicht dadurch unzulässig wird, dass im Verlaufe des Rechtsstreits die Voraussetzungen für den Übergang zu einer Leistungsklage eintreten (Senatsurteil vom 4. November 1998 - VIII ZR 248/97, NJW 1999, 639 unter II 1 b mwN).

17 2. Ebenfalls zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin gegen das im Händlervertrag enthaltene Wettbewerbsverbot verstoßen hat und die Beklagte deshalb zur außerordentlichen Kündigung des Händlervertrages berechtigt gewesen ist. Gemäß § 89a HGB, der auf einen - hier vorliegenden - Vertragshändlervertrag entsprechend anwendbar ist (vgl. Senatsurteil vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 157/92, NJW 1994, 722 unter II 3; Emde in Großkommentar HGB, 5. Aufl., § 89a Rn. 9), kann das Vertragsverhältnis von jedem Teil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein solcher wichtiger Grund liegt nach der Legaldefinition in § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten

Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (Senatsurteil vom 10. November 2010 - VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 Rn. 19; vgl. auch Senatsurteil vom 26. Mai 1999 - VIII ZR 123/98, WM 1999, 1986 unter II 2). Diese Voraussetzungen sind hier nach den rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Feststellungen gegeben.

18 3. Frei von Rechtsfehlern ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die außerordentliche Kündigung eines Vertragshändlervertrages innerhalb angemessener Frist nach Kenntnisnahme von dem Kündigungsgrund ausgesprochen werden muss.

19 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss eine außerordentliche Kündigung nach Kenntnis des Kündigungsgrundes, wenn auch nicht sofort, so doch in angemessener Zeit ausgesprochen werden (so bereits Senatsurteil vom 15. Februar 1967 - VIII ZR 222/64, WM 1967, 515 unter IV 2 mwN; ebenso Senatsurteil vom 27. Januar 1982 - VIII ZR 295/80, NJW 1982, 2432 unter II 1 b). Dieser Grundsatz gilt auch für das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 89a HGB und entsprechend für den Vertragshändlervertrag (vgl. Senatsurteile vom 27. Januar 1982 - VIII ZR 295/80, aaO; vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 157/92, aaO unter II 1 und 3). Die Kündigung eines Vertragshändlervertrages aus wichtigem Grund muss dabei nicht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt werden. Denn diese Vorschrift wird durch die speziellere Vorschrift des § 89a HGB verdrängt und findet daher auf Vertragshändlerverträge ebensowenig wie auf Handelsvertreterverträge Anwendung (st. Rspr.; Senatsurteil vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 157/92, aaO unter II 3 mwN). Vielmehr ist dem zur Kündigung Berechtigten eine angemessene Überlegungszeit zuzugestehen, deren Dauer sich nach den Umständen des jeweiligen Falles richtet. Sie ist regelmäßig kürzer als zwei Monate, denn ein zweimonatiges Zuwarten kann in der Regel nicht mehr als angemes-

sene Zeitspanne zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Überlegung der hieraus zu ziehenden Folgerungen angesehen werden, weil es darauf hindeutet, dass der Kündigende das beanstandete Ereignis selbst nicht als so schwerwiegend empfunden hat, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem anderen Teil bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung unzumutbar ist (Senatsurteile vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 157/92, aaO; vom 26. Mai 1999 - VIII ZR 123/98, aaO unter II 5 a; jeweils mwN).

20 4. Hiervon geht im Ansatz auch das Berufungsgericht aus. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall sind ihm jedoch Rechtsfehler unterlaufen.

21 a) Dabei kann offen bleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts (ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 30. November 2009 - 5 U 52/09, juris Rn. 70 ff.; OLG Düsseldorf, OLGR 1999, 53, 54 f.) zutrifft, dass (auch) bei einem - wie hier - fortlaufenden Verstoß gegen das Konkurrenzverbot die angemessene Überlegungszeit für den Kündigungsberechtigten und damit auch die angemessene Zeitspanne bis zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung (§ 89a HGB) bereits mit der (hinreichend sicheren) Kenntnis des Kündigungsgrundes beginnt oder ob insoweit, wie dies von Teilen der Literatur vertreten wird, auf den Abschluss des Dauersachverhalts abzustellen ist (so Emde, aaO Rn. 36; Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2005, § 4 Rn. 383 f.; im Grundsatz auch: Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 89a Rn. 31; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 89a Rn. 30; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 3. Aufl., § 89a Rn. 64 f.). Denn das Berufungsurteil erweist sich in beiden Fällen als rechtsfehlerhaft.

22 aa) Der Bundesgerichtshof hat die eingangs genannte Frage bisher nicht abschließend entschieden. Allerdings geht er im Anwendungsbereich des § 626

Abs. 2 BGB davon aus, dass dann, wenn es sich bei dem für die fristlose Kündigung maßgeblichen Grund um ein Dauerverhalten handelt, die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht vor dessen Beendigung beginnt (BGH, Urteile vom 5. Juni 1975 - II ZR 131/73, NJW 1975, 1698 unter 1 a; vom 26. Juni 1995 - II ZR 109/94, AG 1996, 32 unter 4; vom 20. Juni 2005 - II ZR 18/03, WM 2005, 1411 unter IV 1; ebenso Staudinger/Preis, BGB, Neubearb. 2002, § 626 Rn. 292).

23 bb) Diese speziell auf die kurze materiell-rechtliche Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zugeschnittene Rechtsprechung zum Fristbeginn bei Dauersachverhalten hat der Bundesgerichtshof entgegen der Auffassung der Revision jedoch bisher nicht auf das Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht übertragen. Anders als die Revision meint, ergibt sich aus dem bereits erwähnten Urteil des Senats vom 15. Dezember 1993 (VIII ZR 157/92, aaO) schon deshalb nichts anderes, weil diese Entscheidung den Sonderfall einer außerordentlichen Kündigung wegen Unterschreitung der vertraglich vereinbarten jährlichen Mindestbezugsmenge betraf. Die von der Revision vertretene Auffassung findet auch in dem von ihr zusätzlich angeführten Urteil des I. Zivilsenats vom 12. März 1992 (I ZR 117/90, NJW-RR 1992, 1059) keine Stütze. Auch im Urteil des Senats vom 26. Mai 1999 (VIII ZR 123/98, aaO) bedurfte die Frage, ob im Rahmen des § 89a HGB das Vorliegen eines fortdauernden Vertragsverstoßes Auswirkungen auf den Beginn der dem Kündigungsberechtigten zuzubilligenden Überlegungsfrist hat, keiner Entscheidung. Es ging in diesem Fall entscheidend darum, dass der Kündigungsberechtigte vor den zum Anlass für die außerordentliche Kündigung genommenen Vertragsverstößen bereits seit längerem hinreichend konkrete Hinweise auf gleichgelagerte Vertragsverstöße hatte, es aber gleichwohl unterließ, diesen nachzugehen.

24 cc) Ob es, wie die Revision meint, sachgerecht ist, bei dauerhaften oder wiederkehrenden Verstößen gegen ein Konkurrenzverbot die angemessene Frist, in der die außerordentliche Kündigung erklärt werden muss, erst mit dem Abschluss des vertragswidrigen Verhaltens beginnen zu lassen, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn auch wenn man, wie das Berufungsgericht, von einem Fristbeginn bereits ab Erlangung einer hinreichend sicheren Kenntnis des Kündigungsgrundes, hier also spätestens am 7. Juni 2005, ausginge, wäre die von der Klägerin am 4. Oktober 2005 ausgesprochene außerordentliche Kündigung aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles gleichwohl nicht als verspätet anzusehen.

25 Das Berufungsgericht hat übersehen, dass der wesentliche Grund für die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung, ein zweimonatiges Zuwarten führe im Regelfall zum Verlust des Kündigungsrechts, darin liegt, dass ein solches Zuwarten - wie oben bereits erwähnt - darauf hindeutet, dass der Kündigende das beanstandete Ereignis selbst nicht als so schwerwiegend empfunden hat, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem anderen Teil bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung unzumutbar wäre (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 1999 - VIII ZR 123/98, aaO). Maßgeblich ist mithin das mit zunehmender Dauer der Nichtbeanstandung des Vertragsverstoßes steigende Vertrauen des Vertragspartners auf einen Fortbestand des Vertrages. Ein solches Vertrauen der Klägerin war hier jedoch schon deshalb nicht berechtigt, weil ihr bekannt war, dass die Beklagte die im Vorjahr begangenen, gleichartigen Verstöße gegen das Konkurrenzverbot nicht hingenommen, sondern eine Abmahnung ausgesprochen und die fristlose Kündigung des Händlervertrages angedroht hatte.

26 b) Zutreffend beanstandet die Revision überdies, dass das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, Kündigungsgrund sei (auch) der Umstand ge-

wesen, dass die Klägerin ihr vertragswidriges Verhalten nach der Abmahnung vom 21. September 2005 fortgesetzt habe, als neuen, im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigenden Vortrag angesehen und den Vortrag in einer Hilfsüberlegung zudem auch inhaltlich für unerheblich gehalten hat.

27 aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, der genannte Vortrag sei im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen, ist, wie die Revision zutreffend rügt - ungeachtet der Frage, ob es sich hierbei angesichts des Inhalts des unstreitigen und bereits in erster Instanz vorgelegten Kündigungsschreibens vom 4. Oktober 2005 überhaupt um ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2008 - GSZ 1/08, BGHZ 177, 212 Rn. 10; Senatsurteil vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 15; jeweils mwN) - schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO vorlag. Der Gesichtspunkt, ob Kündigungsgrund (auch) die Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens nach Abmahnung war, war nach der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts unerheblich. Denn das Landgericht hat der Beklagten wegen der Dauerhaftigkeit der Pflichtverletzung der Klägerin eine weiträumige, nicht vor Beendigung des vertragswidrigen Zustandes beginnende und damit die hier streitgegenständliche Zeitspanne umfassende Überlegungsfrist zugebilligt. Auf spätere zusätzliche Kündigungsgründe kam es daher nach der Rechtsauffassung des Landgerichts nicht an. Diese Rechtsansicht des Erstgerichts hat den erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten, wie für die Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2006 - V ZR 148/05, NJW-RR 2006, 1292 Rn. 16 ff.; BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 - III ZR 114/06, NJW-RR 2007, 774 Rn. 7 f.), auch beeinflusst und ist (mit-) ursächlich dafür geworden, dass sich das oben genannte Vorbringen der Beklagten in das Berufungsverfahren verlagert hat und dort nach einem - von der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts abweichenden - Hinweis des

Berufungsgerichts vom 5. Mai 2008 erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2006 - V ZR 148/05, aaO Rn. 18 und 20).

28 bb) Fehl geht auch die vom Berufungsgericht - hilfsweise für den Fall einer Berücksichtigung des von ihm zurückgewiesenen Vorbringens der Beklagten - vertretene Auffassung, dieses Vorbringen stehe nicht im Einklang mit dem Inhalt des Kündigungsschreibens vom 4. Oktober 2005. Das Berufungsgericht lässt in diesem Zusammenhang bereits außer Betracht, dass die Gründe für eine außerordentliche Kündigung bei deren Ausspruch nicht genannt zu werden brauchen, und damit die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 89a HGB nicht davon abhängt, dass der Grund, auf den die Kündigung gestützt wird, im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits mitgeteilt worden ist (BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 - I ZR 78/87, NJW-RR 1988, 1381 unter II 2 mwN).

29 Zudem spricht der Inhalt des Kündigungsschreibens vom 4. Oktober 2005, anders als das Berufungsgericht meint, keineswegs gegen die Annahme, dass Kündigungsgrund (auch) die Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens nach Abmahnung war. Als Kündigungsgrund wird in diesem Schreiben der Verstoß gegen das im Händlervertrag vereinbarte Wettbewerbsverbot genannt und hierbei ausdrücklich erwähnt, dass die Klägerin durch die Abmahnung vom 21. September 2005 unter Gewährung einer Frist zur Abhilfeschaffung auf diese Konsequenz ihres Verhaltens hingewiesen worden sei. Damit kommt deutlich zum Ausdruck, dass jedenfalls auch die - unstreitig - trotz Abmahnung nicht erfolgte Beendigung des Vertragsverstoßes Anlass für den Ausspruch der Kündigung war.

30 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stellt die Fortsetzung des Wettbewerbsverstoßes nach der Abmahnung vom 21. September

2005 einen neuen, selbständigen Kündigungsgrund dar. Schon deshalb steht der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung insoweit nicht entgegen, dass die Beklagte bereits im Juni 2005 Kenntnis von dem Verstoß der Klägerin gegen das Konkurrenzverbot erlangt hatte. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts hätte zur Folge, dass der Unternehmer ein fortgesetztes vertragswidriges Verhalten auf Dauer - bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist - hinnehmen müsste, wenn er auf den ersten ihm zur Kenntnis gelangten Verstoß nicht innerhalb angemessener Frist die außerordentliche Kündigung erklärt. Das Berufungsgericht verkennt dabei, dass ein dauerhaftes vertragswidriges Verhalten durch ein Zuwarten des Unternehmers nicht zu einem vertragsgemäßen Verhalten wird. Der Unternehmer bleibt deshalb berechtigt, eine Abmahnung auszusprechen und eine gleichwohl erfolgende Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung des Vertragshändlervertrages zu nehmen.

III.

31 Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es keiner weiteren Feststellungen bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da die außerordentliche Kündigung vom 4. Oktober 2005 wirksam ist und den Händlervertrag der Parteien mit sofortiger Wirkung beendet hat, steht der Klägerin der geltend gemachte Fest-

stellungsanspruch nicht zu. Die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts ist daher zurückzuweisen.

Ball Dr. Hessel Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Bünger

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.02.2007 - 33 O 45/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.06.2008 - I-16 U 36/07 -