

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB § 626; HGB § 89 a

Eine unberechtigte fristlose Kündigung wird nicht ohne weiteres dadurch wirksam, daß nachträglich ein Kündigungsgrund entsteht, der mit dem in der Kündigung angegebenen Grund in keinem inneren Zusammenhang steht. Es bedarf in solchen Fällen einer neuen Kündigung, die aber in der Regel in dem "Nachschieben" des Kündigungsgrundes gesehen werden kann (vgl. BGH LM HGB § 89 a Nr. 1; BAG 2, 245, 251; 3, 13).

BGH, Urt. v. 28. April 1960 - VII ZR 218/59 -

OLG Celle

LG Lüneburg

VII ZR 218/59

Verkündet
am 18. April 1960
Voitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma August Sch[REDACTED] Nachf., Wachsbleiche und Wachs-
warenfabrik in C[REDACTED], Sp[REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wieczorek -

gegen

den Handelsvertreter Wolfgang T[REDACTED] in H[REDACTED],
Am K[REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. April 1960 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Vogt und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Celle vom 19. Februar 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von 1955 bis Ende Februar 1958 für die Beklagte als Handelsvertreter beim Vertrieb von Kerzen und Wachswaren tätig. In dem Vertretervertrag vom 1. März 1955 heißt es u.a.:

"3) ... (Kläger) unterhält an seinem Wohnort ein Konsignationslager, für dessen Verwaltung ihm jegliche Sorgfalt, die einem ordentlichen Kaufmann obliegt, aufgegeben wird. ... (Kläger) ist demzufolge zu einer ordnungsgemäßen "laufenden Inventur" verpflichtet, welche ihn jederzeit in den Stand versetzt, den tatsächlichen Bestand des Konsignationslagers anzugeben. ...

7) Sollte das Vertragsverhältnis ... gelöst werden, verpflichtet sich ... (Kläger), 2 Jahre lang nicht für eine andere Firma gleicher Branche tätig zu sein ..."

Anfang 1958 überprüfte die Beklagte das Lager des Klägers. Sie errechnete einen Fehlbestand und verlangte vom Kläger Aufklärung. Dieser erklärte, er sei bereit, den angeblichen Fehlbestand zu ersetzen. Die Beklagte verhandelte dann mit ihm über eine vertragliche Beendigung des Vertreterverhältnisses. Als er das ablehnte, kündigte sie ihm am 28. Februar 1958 fristlos.

Der Kläger hat auf Feststellung geklagt, daß die am 28. Februar 1958 ausgesprochene fristlose Kündigung der Beklagten unwirksam sei.

Die Beklagte hat Abweisung beantragt.

Sie hat vorgetragen: Sie habe den Verdacht, daß der Kläger den Fehlbestand veruntreut oder unterschlagen habe. Jedenfalls habe er ihr Vertrauen schwerwiegend enttäuscht. Er habe auch pflichtwidrig keinen Versuch zur Aufklärung des Fehlbestandes gemacht.



Ihre fristlose Kündigung sei weiter deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger, trotz des ihm gemäß Ziffer 7 des Vertrags obliegenden Wettbewerbsverbots, im Konkurrenzgeschäft seiner von ihm als Strohmann vorgeschobenen Ehefrau tätig geworden sei, was er der Beklagten schon im November 1957 angedroht habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Ein wichtiger Grund zu fristloser Kündigung (§ 89 a HGB, § 626 BGB) liegt vor, wenn dem Kündigenden nicht zuzumuten ist, den Vertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen (BAG 2, 214; BAG AP § 626 BGB Nr. 6; RGRK BGB 11. Aufl. § 626, Anm. 3).

Auch der Verdacht einer (nicht nachweisbaren) strafbaren Handlung kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn er auf Tatsachen gegründet ist und so schwer wiegt, daß daraus Mißtrauen gegen die Zuverlässigkeit des Kündigungsempfängers begründet und das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien erschüttert ist (BGHZ 29, 275, 276; BAG 2, 1, 333).

Das Revisionsgericht kann die Frage, ob ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, nur dahin nachprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes rich-

rig angewendet hat, d. h. ob ein bestimmter Vorgang an sich ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Im übrigen handelt es sich um tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts, die vom Revisionsgericht nur darauf nachzuprüfen sind, ob das Berufungsgericht Rechtsvorschriften und Erfahrungssätze nicht oder nicht richtig angewendet und ob es bei seiner Würdigung Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat (BGH LM A Nr. 2 zu § 242 BGB; VII ZR 83/59 vom 22. Februar 1960 WM 1960, 430; BAG 2, 207; BAG Nr. 1 zu § 611 BGB Konk. Klausel; BAG NJW 1956, 239).

II.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die fristlose Kündigung der Beklagten lasse sich nicht mit dem Verhalten des Klägers bei der Verwaltung des Auslieferungslagers rechtfertigen. Zwar sei der Kläger seiner Vertragspflicht zur Führung einer Lagerkartei nicht nachgekommen und habe den von der Beklagten errechneten Fehlbestand deshalb nicht aufklären können. Der Fehlbestand rechtfertige aber noch nicht den Verdacht einer Untreue oder Unterschlagung sondern könne durch bloße Nachlässigkeiten des Klägers und auch der Beklagten entstanden sein, z. B. durch Zählfehler, Lieferung von Waren ohne Belege oder unterlassene Prüfung der Lieferungen auf Vollständigkeit. Die Beklagte habe in 4 Jahren das Lager und auch die Jahresinventuren des Klägers niemals nachgeprüft; daraus habe der Kläger möglicherweise den Schluß ziehen können, es gehe auch ohne Lagerkartei. Der von der Beklagten errechnete Fehlbestand betrage nur etwa 3 % des jährlichen Lagerumsatzes. Der Kläger habe sich zum sofortigen Ersatz erboten und sei dazu auch in der Lage gewesen. Die Beklagte sei daher nicht

finanziell gefährdet worden. Der Kläger sei ein tüchtiger Vertreter gewesen, der der Beklagten 1957 für fast 200.000 DM Geschäfte vermittelt habe. Unter Berücksichtigung all' dieser Umstände sei der Beklagten zuzumuten gewesen, den Kläger noch die 4 Monate bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (30. Juni 1958) weiter zu beschäftigen.

Die Revision greift diese Ausführungen mit einer Reihe von Verfahrensrügen aus § 286 ZPO an. Sie sind nicht begründet.

1) Das Berufungsgericht hat angenommen, es könnten Fehler dadurch entstanden sein, daß die Beklagte dem Kläger Waren ohne Beifügung von Belegen zugesandt habe.

Die Revision trägt vor, das sei, wie die Beklagte bereits früher behauptet habe, nur im Dezember 1957 vorgekommen.

Die Rüge geht fehl. Der damalige Anwalt der Beklagten hat in seinem bei den Gerichtsakten befindlichen Schreiben vom 14. März 1958 darauf hingewiesen, daß nicht nur im Dezember 1957, sondern auch in den früheren Jahren Lieferungen ohne Beifügung eines Lieferscheines erfolgt seien, deren Inhalt erst aus der kurz darauf nachfolgenden Rechnung ersichtlich gewesen sei.

Die Beklagte hat ferner in ihrem Schriftsatz vom 13. Jan. 1959 vorgetragen, es könne vorgekommen sein, daß, insbesondere in der Hochsaison, Sendungen ohne gleichzeitige Beifügung von Lieferscheinen oder Belastungsaufgaben herausgegangen seien; in solchen Fällen seien aber die Lieferscheine am nächsten Tag nachgeschickt worden.

Hieraus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß folgern, daß nicht nur im Dezember 1957, sondern auch sonst die Beklagte dem Kläger Waren ohne Beifügung von Belegen zugesandt hat.

2) Die Revision meint, der Fehlbestand im Auslieferungslager könne nicht durch Schwund entschuldigt werden, wie die Beklagte schon früher ausgeführt habe. Das Berufungsgericht hätte mangels eigener Sachkunde die Möglichkeit eines Schwundes nicht selbst bejahen dürfen, sondern einen Sachverständigen zuziehen müssen.

Die Rüge ist nicht begründet. Daß der Fehlbestand des Lagers zu entschuldigen wäre, nimmt das Berufungsgericht nicht an. Es geht vielmehr davon aus, daß der Fehlbestand auf Unachtsamkeiten des Klägers oder beider Parteien zurückzuführen ist. Denn im Berufungsurteil ist ausdrücklich von "Nachlässigkeit" des Klägers die Rede und davon, daß sein Verhalten "in milderem Lichte" erscheine. Das Berufungsgericht nimmt also selbst an, daß der rechnerische Fehlbestand nicht auf "natürlichem Schwund" oder "unverschuldeten Zählfehlern", sondern auf Unachtsamkeiten beruht. Unter diesen Umständen brauchte es den angetretenen Sachverständigenbeweis nicht zu erheben.

3) Bei einzelnen Warensorten war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Fehlbestand, sondern ein Überbestand gegenüber der Menge vorhanden, die nach der Jahresinventur des Klägers hätte auf Lager sein müssen. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daraus könne zwar auf eine Nachlässigkeit des Klägers, keinesfalls aber auf seine Unredlichkeit geschlossen werden.

Die Revision meint, dabei sei übersehen, daß auch ein Mehrbestand eine Vertragsverletzung des Klägers offenbare.

Das schließt jedoch nicht aus, daß der Gedankengang des Berufungsgerichts rechtsfehlerfrei ist. Denn wenn der Kläger unredlich und nicht bloß nachlässig gewesen wäre, so hätte er den Mehrbestand des Lagers sicherlich alsbald zu seinen Gunsten zum Verschwinden gebracht.

4) Die Revision ist der Ansicht, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Überlassung des Auslieferungslagers im Werte von 10.000 bis 15.000 DM einen besonderen Vertrauensbeweis der Beklagten gegenüber dem Kläger dargestellt habe.

Es ist jedoch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß das Berufungsgericht diesen von ihm im Tatbestand ausdrücklich erwähnten Umstand bei seiner Würdigung übersehen haben sollte. Es war nicht genötigt, jede Einzelheit in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu erörtern.

5) Den Umstand, daß die Beklagte lange Zeit das Lager nicht überprüft hat, wertet das Berufungsgericht dahin, daß diese Nachlässigkeit der Beklagten in Bezug auf die Lagerkontrolle die Nachlässigkeit des Klägers in milderem Lichte erscheinen lasse.

Das läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Wenn die Beklagte selbst bei der Kontrolle des Lagers nachlässig verfuhr, kann sie dem Kläger dessen Nachlässigkeit in gleicher Angelegenheit nicht in solchem Maße anrechnen, wie wenn sie selbst in dieser Beziehung jede erforderliche Sorgfalt angewandt hätte.

Die Revision meint jedoch, in der Unterlassung einer Kontrolle des Lagers habe ein weiterer Vertrauensbeweis für den Kläger gelegen.

Das ist richtig. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt aber bei seiner Würdigung nicht übersehen, hat ihn vielmehr ausdrücklich behandelt, jedoch nicht für durchschlagend gehalten. Dem Revisionsgericht ist eine weitere Nachprüfung dieser rechtsfehlerfreien Würdigung verwehrt.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger habe aus dem Verhalten der Beklagten möglicherweise den Schluß ziehen können, es gehe auch ohne genaue zeitraubende Lagerkartei, und die Beklagte werde sich mit der Jahresinventur begnügen. Die Revision ist der Auffassung, Schlüsse, welche der Kläger "möglicherweise" gezogen habe, seien für die Urteilsfindung nicht verwertbar.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht will ersichtlich folgendes sagen: Solange die von ihm erwähnte Möglichkeit bestehe, sei nicht dargetan, daß den Kläger ein Vorwurf treffe, der so schwer wiege, daß die gegen ihn ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt wäre. Dieser Gedankengang ist rechtsfehlerfrei. Die Beweislast für die Voraussetzungen ihrer fristlosen Kündigung trifft die Beklagte.

6) Das Berufungsgericht hat darauf hingewiesen, daß der Kläger keine Angestellten hatte.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger vertraglich zur ordnungsmäßigen Lagerführung verpflichtet gewesen sei und daher notfalls dafür Angestellte habe einstellen oder seine ihm im Geschäft helfende Ehefrau dazu habe einsetzen müssen, wenn das zu diesem Zwecke erforderlich war.

Das Berufungsgericht geht jedoch selbst davon aus, daß der Kläger zur Führung einer Lagerkartei verpflichtet war und seine Vertragspflicht dadurch schuldhaft verletzt hat, daß er die Kartei nicht geführt hat. Es hat diese Verpflichtung des Klägers nicht etwa übersehen. Seine von der Revision beanstandeten Ausführungen stehen in einem anderen Zusammenhang. Es weist nämlich darauf hin, daß die Beklagte die Verhältnisse beim Kläger gekannt habe. Es will damit sagen, daß der Kläger, wenn die Beklagte diesen Zustand duldete, daraus den Schluß ziehen durfte, daß die Beklagte die Lagerverwaltung, wie er sie handhabte, nicht als schwerwiegenden Vertragsverstoß ansah, und daß sie auf eine Buchführung keinen besonderen Wert legte, was die Verstöße des Klägers als minder schwer erscheinen lasse.

7) Die Revision weist darauf hin, die Beklagte sei dem Kläger gegenüber nicht vertraglich verpflichtet gewesen, das Lager ihrerseits zu kontrollieren.

Das trifft zu, schließt aber nicht aus, daß, wie bereits dargelegt, das Berufungsgericht aus der eigenen Unterlassung der Beklagten in Bezug auf die Lagerkontrolle den Schluß ziehen durfte, in Anbetracht dessen erscheine die auf gleichem Gebiet liegende Nachlässigkeit des Klägers in milderem Lichte und rechtfertige nicht die fristlose Kündigung der Beklagten.

8) a) Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht den Fehlbestand mit "etwa 3 %" des Lagerumsatzes bezeichnet hat, während er in Wirklichkeit "3,528 %" betragen habe.

Die Rüge geht fehl. Die Abweichung zwischen 3,528 % und 3 % ist belanglos.

b) Die Beklagte hatte Sachverständigenbeweis dafür angeboten, daß der Fehlbestand nicht ohne Unachtsamkeit des Klägers entstanden sein könne und daß er zwischen 3 - 4 % des Lagerumsatzes ausmache.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht hierüber kein Sachverständigengutachten eingeholt hat.

Das ist unbegründet. Das Berufungsgericht geht selbst von dem von der Beklagten behaupteten Sachverhalt aus, daß der Fehlbestand auf Nachlässigkeit des Klägers beruht und daß er "etwa 3 %" beträgt. Unter diesen Umständen brauchte es einen Sachverständigen nicht hinzuzuziehen.

Ob der Fehlbestand von etwa 3 % geeignet ist, die fristlose Kündigung der Beklagten zu rechtfertigen, konnte das Berufungsgericht ohne Sachverständigen entscheiden.

9) Das Berufungsgericht erwähnt bei seiner Würdigung zugunsten des Klägers, daß der Fehlbestand durch die Provisionseinnahmen des Klägers hätte abgedeckt werden können, so daß eine finanzielle Gefährdung der Beklagten nicht eingetreten sei.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger nach der Behauptung der Beklagten mit seiner Provision ständig im Vorschuß gewesen sei.

Allerdings hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 2. Juli 1958 diese Behauptung aufgestellt. Die Beklagte hat aber in der Klagebeantwortung das Provisionsguthaben des Klägers zum 28. Februar 1958 mit 1.467,09 DM beziffert. Daraus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß entnehmen, daß, jedenfalls in der entscheidenden Zeit Ende Februar 1958, die Beklagte dem Kläger die Provision nicht bevorschußt hatte.

10) a) Die Revision sieht eine die fristlose Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung des Klägers auch darin, daß er jede Mitwirkung an einer Aufklärung des Fehlbestandes verweigert habe.

Eine dahingehende Feststellung hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist nur gesagt, der Kläger habe eine Erklärung für den Fehlbestand nicht abgeben können. In den Entscheidungsgründen heißt es, die Beklagte mache dem Kläger den mangelnden Versuch einer Klärung zum Vorwurf. Das Berufungsgericht führt im übrigen aus, daß eine restlose Klarheit überhaupt nicht erzielt werden konnte und daß etwaige Bemühungen des Klägers um eine Klärung in keinem Verhältnis zu dem möglichen Erfolg gestanden haben würden.

Wenn aber angesichts des Fehlens einer Buchführung über das Lager der Versuch einer Aufklärung des Fehlbestandes von Anfang an keinen Erfolg versprach, so konnte daraus das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß folgern, daß die Beklagte dem Kläger aus dem Unterlassen des Versuchs einer Aufklärung jedenfalls keinen zusätzlichen schweren Vorwurf machen könne.

b) Die Beklagte hatte behauptet: Der Kläger habe seinen Lieferungen an Kunden wiederholt zunächst nur Lieferscheine beigelegt, habe erst später dem Kunden Rechnungen übersandt und der Beklagten Abschriften davon erteilt. Darin könne eine Ursache des Fehlbestandes liegen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dieses Vorbringen der Beklagten nicht beachtet und die von ihr dafür angetretenen Beweise nicht erhoben.

Es mag sein, daß ein derartiges Verfahren des Klägers beim Entstehen des Fehlbestandes mitgewirkt hat. Daß es tatsächlich für den Fehlbestand ursächlich geworden wäre, hat die Beklagte nicht unter Beweis gestellt. Daß der Fehlbestand auf Fahrlässigkeit des Klägers beruht, nimmt das Berufungsgericht ohnehin an. Unter diesen Umständen kam es auf die Beweisantritte zu dem vorgenannten Punkt nicht an.

11) Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe die Wirkung des Verhaltens des Klägers auf die Angestellten der Beklagten nicht berücksichtigt. Bei Fortbeschäftigung des Klägers würde die allgemeine Moral im Betrieb der Beklagten gelitten haben.

Es ist jedoch nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht diesen von ihm im Tatbestand als Sachvortrag der Beklagten ausdrücklich wiedergegebenen Gesichtspunkt bei seiner Würdigung übersehen hätte. Das Berufungsgericht konnte auch ohne Rechtsverstoß den Gesichtspunkt einer Gefährdung der Betriebsmoral bei der Beklagten nicht für so schwerwiegend halten, daß er die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte. In der Tat ist nicht einzusehen, daß die Betriebsmoral bei der Beklagten gefährdet gewesen wäre, wenn die Beklagte den Kläger noch die 4 Monate bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hätte weiterarbeiten lassen. Das Wesentliche war, daß die Beklagte die Nachlässigkeiten des Klägers nicht einfach hingehen ließ, sondern zum Anlaß nahm, den Vertrag mit ihm zu lösen.

III.

1) Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte könne ihre fristlose Kündigung auch nicht mit dem späteren Verhalten des Klägers rechtfertigen. Ein Nachschieben von Kündigungsgründen sei zwar zulässig, jedoch kämen dafür nur solche

Gründe in Frage, die mit dem ursprünglich genannten Kündigungsgrund in Verbindung ständen. Das sei hier nicht der Fall. Eine Verletzung des vertraglichen Wettbewerbsverbots durch den Kläger stehe in keinem Zusammenhang mit dem Fehlen einer geordneten Buchhaltung über das Auslieferungslager. Erst recht gelte das für den Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe es geduldet, daß seine Frau der Beklagten Konkurrenz mache.

2) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe folgendes übersehen: Der Kläger habe der Beklagten bereits im November 1957 gedroht, zur Konkurrenz überzugehen und die Konkurrenzvertretung auf den Namen seiner Frau laufen zu lassen. Er habe seine Konkurrenztätigkeit noch während der ordentlichen Laufzeit des Vertrages begonnen.

3) Die Beklagte hat erstmalig in der Klagebeantwortung vom 19. Mai 1958 die fristlose Kündigung auch darauf gestützt, daß der Kläger in der Zwischenzeit das vertragliche Wettbewerbsverbot verletzt habe. Aus dem späteren Sachvortrag der Beklagten ergibt sich, daß damit Vorgänge gemeint sind, die sich nach der fristlosen Kündigung der Beklagten (28. Februar 1958), aber vor Vertragsablauf bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist (30. Juni 1958) abgespielt haben sollen, insbesondere Ende März bis Anfang April 1958.

4) Es fragt sich, ob die Beklagte diesen Kündigungsgrund "nachschieben" kann, wenn ja, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag dann endet.

Als Zeitpunkt für die Vertragsbeendigung kommt bei einem Nachschieben von Kündigungsgründen in Betracht:

- a) der Zeitpunkt der ursprünglichen fristlosen Kündigung,
- b) der Zeitpunkt des Entstehens des nachgeschobenen Kündigungsgrundes, oder
- c) der Zeitpunkt, in welchem der Kündigende den neuen Grund nachschiebt und aus diesem Grunde erneut kündigt.

Dabei ist zu unterscheiden, ob der nachgeschobene Kündigungsgrund schon im Zeitpunkt der ursprünglichen fristlosen Kündigung gegeben war oder ob er erst später entstanden ist.

a) Lag der nachgeschobene Kündigungsgrund schon im Zeitpunkt der ursprünglichen Kündigung vor, ist die Kündigung aber damals auf diesen Grund nicht gestützt worden, möglicherweise weil er dem Kündigenden damals noch nicht bekannt war, so kann der Kündigende den Grund nachschieben mit der Wirkung, daß der Vertrag zum Zeitpunkt der ursprünglichen fristlosen Kündigung endet. Anders ist es nur dann, wenn der Kündigungsgegner nach den besonderen Umständen des Falles darauf vertrauen darf (§ 242 BGB), der Kündigende werde sich auf den von ihm ursprünglich angegebenen Grund beschränken und weitere Gründe zur Rechtfertigung seiner Kündigung nicht heranziehen (BGHZ 27, 220).

b) Ist der nachgeschobene Kündigungsgrund erst nach der ursprünglichen Kündigung entstanden, so endet der Vertrag auf Grund der früheren Kündigung im Zeitpunkt des Entstehens des neuen Kündigungsgrundes dann, wenn der neue Grund mit dem in der früheren Kündigung angegebenen Grund in innerem Zusammenhang steht; einer nochmaligen Kündigung bedarf es nicht. In solchen Fällen hat der Kündigende schon mit seiner früheren Kündigung deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er aus einem Grunde von der Art, wie er später einge-

treten ist, das Vertragsverhältnis fristlos beenden will. Eine Kündigung, die auf verbotenen Wettbewerb des Kündigungsgegners gestützt, aber wirkungslos war, weil der Kündigungsgegnern damals noch keinen verbotenen Wettbewerb betrieben hatte, wird also in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem er nachträglich zu verbotenen Wettbewerb übergeht (BGH LM Nr. 1 zu § 89 a HGB).

c) Wie die Rechtslage ist, wenn der nachgeschobene, erst nachträglich entstandene Kündigungsgrund nicht in innerem Zusammenhang mit dem in der ursprünglichen Kündigung angegebenen Grund steht, ist in der Entscheidung BGH LM Nr. 1 zu § 89 a HGB ausdrücklich offen gelassen. Das Bundesarbeitsgericht hat in derartigen Fällen entschieden, daß der später entstandene Grund nur zu einer neuen Kündigung berechtigt, die erst vom Zeitpunkt ihres Ausspruchs an wirkt (BAG 2, 245, 251; 3, 13). Dabei wird allerdings die Berufung auf den neuen Kündigungsgrund, das "Nachschieben" des Grundes, in der Regel als neue Kündigung aus diesem Grunde aufzufassen sein.

Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts an.

Ein wichtiger Grund zu fristloser Kündigung führt nicht schon ohne weiteres zur Auflösung des Vertrages. Es bedarf vielmehr immer noch einer Willenserklärung des Kündigungsberechtigten, der Kündigung. Die aus einem bestimmten Grunde erklärte, im Zeitpunkt ihrer Erklärung unberechtigte und daher unwirksame Kündigung hat keine Dauerwirkung dahin, daß der spätere Eintritt irgend eines ganz anderen Kündigungsgrundes, der mit dem ursprünglich angegebenen in keinem inneren Zusammenhang steht, ohne erneute Kündigungserklärung des Kündigungsberechtigten das Vertragsverhältnis von selbst im Zeitpunkt des Entstehens des neuen Grundes beendigen würde.

Es steht nicht fest, ob der Kündigende den neuen Grund überhaupt als Kündigungsgrund aufgreifen will, solange er keine dahingehende Erklärung abgibt. Die Rechtssicherheit verlangt, daß der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung eindeutig feststellbar ist. Die Rechtsordnung knüpft daher die Vertragsbeendigung grundsätzlich nicht an das Entstehen des Kündigungsgrundes, sondern an eine Willenserklärung des Berechtigten, eben die Kündigung, deren Zeitpunkt vielfach leichter und eindeutiger zu ermitteln sein wird als der Zeitpunkt, in welchem der Kündigungsgrund entstanden ist.

Daß der Kündigende den nachträglichen Kündigungsgrund unter Umständen erst längere Zeit nach seinem Entstehen erfährt, hat für ihn keine unzumutbare Härte zur Folge. Der Fall liegt dann nicht anders als bei der ursprünglichen Kündigung aus einem längere Zeit verborgen gebliebenen Grunde. Auch eine solche Kündigung wirkt nicht auf den Zeitpunkt zurück, in welchem der Kündigungsgrund entstanden war. Es ist nicht einzusehen, warum die Rechtslage im Falle des Nachschiebens von Kündigungsgründen anders sein sollte.

5) Im vorliegenden Falle ist der nachgeschobene Kündigungsgrund der Wettbewerbsverletzung gemäß den Behauptungen der Beklagten erst nach dem Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 28. Februar 1958 entstanden. Dieser Grund vermag daher die fristlose Kündigung vom 28. Februar 1958 weder zum Zeitpunkt dieser Kündigung noch zum Zeitpunkt der Entstehung des nachträglichen Kündigungsgrundes (Ende März bis Anfang April 1958) zu rechtfertigen.

6) Der Umstand, daß der Kläger der Beklagten nach deren Behauptung bereits im November 1957 mit demnächstigen Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot gedroht haben soll, ist ebenfalls keine genügende Grundlage für die Kündigung vom 28. Februar 1958. Der Vorgang, wie ihn die Beklagte in

ihrem Schriftsatz vom 2. Juli 1958 geschildert hat, berechtigte die Beklagte, auch wenn man die Richtigkeit ihrer Darlegung unterstellt, nicht zu einer fristlosen Kündigung, wie das Berufungsgericht ersichtlich und ohne Rechtsfehler angenommen hat. Es handelte sich um eine beiläufige mündliche Äußerung des Klägers bei Gelegenheit eines Gesprächs der Parteien über Differenzen in der Provisionsabrechnung des Klägers. Die Beklagte selbst hat diesen Vorgang ursprünglich nicht als besonders schwerwiegend aufgefaßt. Sie hat ihn damals nicht zum Anlaß einer fristlosen Kündigung genommen.

Die Revision will anscheinend darauf hinaus, die behaupteten späteren Wettbewerbsverstöße des Klägers ließen seine "Drohung" vom November 1957 nachträglich als schwerwiegender und daher als die fristlose Kündigung vom 28. Februar 1958 rechtfertigend erscheinen

Allerdings können nachträgliche Vorgänge insofern von Bedeutung sein, als sie frühere Vorgänge, die zur Kündigung Anlaß gegeben haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen, d. h. ihnen größeres Gewicht als Kündigungsgrund verleihen. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der ursprüngliche Verdacht einer strafbaren Handlung des Arbeitnehmers sich nachträglich verstärkt oder gar bis zur Überführung des Täters verdichtet (BAG 2, 245, 252).

So liegt der Fall hier aber nicht. Es ist zu berücksichtigen, daß die von der Beklagten behaupteten Wettbewerbsverstöße des Klägers zeitlich erst nach der fristlosen Kündigung der Beklagten vom 28. Februar 1958 liegen und erst durch diese Kündigung ausgelöst worden sind. Dieser Umstand läßt die Verstöße, auch wenn sie damit nicht entschuldigt werden können (BGH IM Nr. 1 zu § 89 a HGB),

doch weniger schwerwiegend erscheinen (RGZ 88, 127; Staudinger BGB § 626 Anm. 25). Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, die angebliche Drohung des Klägers im November 1957 wegen später begangener Verletzungen des Wettbewerbsverbots nachträglich für schwerwiegender zu halten als die Beklagte es selbst zunächst getan hatte. Das Berufungsgericht brauchte daher den Vorfall vom November 1957 nicht näher aufzuklären und den von der Beklagten dafür angebotenen Beweis (Parteivernehmung des Klägers) nicht zu erheben, zumal der Kläger seine Äußerung als solche zugestanden hatte.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die fristlose Kündigung vom 28. Februar 1958 das Vertragsverhältnis nicht beendet hat, ist nach alledem frei von Rechtsfehlern.

IV

Das Berufungsgericht hat aber nicht geprüft, ob nicht die Klagebeantwortung vom 19. Mai 1958 (vgl. oben III 3) eine erneute fristlose Kündigung der Beklagten enthält, und ob diese Kündigung wirksam ist.

In dieser Unterlassung liegt ein Rechtsverstoß, der zur Aufhebung des Berufungsurteils nötigt.

Der Klageantrag und - diesem folgend - der Spruch des landgerichtlichen Urteils sind ihrem Wortlaut nach allerdings nur auf die Kündigung vom 28. Februar 1958 abgestellt.

Ziel der Klage ist aber ganz ersichtlich die Feststellung, daß das Vertragsverhältnis der Parteien bis zum 30. Juni 1958, dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist,

fortgedauert hat und nicht durch (irgendeine) fristlose Kündigung der Beklagten vorzeitig beendet worden ist. Die Klage soll im wesentlichen dazu dienen, den Kläger zu rehabilitieren und ihm den Weg für einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB zu ebnen. Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn man den Klageantrag dahin auslegt, daß der Kläger die Unwirksamkeit jeder fristlosen Kündigung der Beklagten, auch einer erst nach dem 28. Februar 1958 ausgesprochenen, festgestellt haben will. Bei abweichender Auslegung des Klageantrags würden auch Bedenken gegen seine Zulässigkeit bestehen, da einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein können (Stein-Jonas ZPO, 18. Aufl. § 256 II 1 b). Die zu enge Fassung des Klageantrages in seinem Wortlaut erklärt sich zwanglos daraus, daß im Zeitpunkt der Klageerhebung nur die Kündigung vom 28. Februar 1958 vorlag.

Die vorstehende Auslegung des Klageantrags und des landgerichtlichen Urteilsspruchs wird auch allein der Prozeßwirtschaftlichkeit gerecht. Denn anderenfalls könnte die Beklagte trotz rechtskräftigen Unterliegens im vorliegenden Prozeß sich später noch darauf berufen, eine andere fristlose Kündigung habe den Vertrag doch vorzeitig beendet.

Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist also nicht nur die Kündigung vom 28. Februar 1958, sondern die Frage, ob durch irgendeine fristlose Kündigung der Beklagten der Vertrag der Parteien vorzeitig beendet worden ist (zum Streitgegenstand bei Kündigung vgl. BAG JZ 1960, 219 und Lücke JZ 1960, 203, 222). Bei Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils würde der Beklagten daher die Berufung darauf verwehrt sein, sie habe mit ihrem Schriftsatz vom 19. Mai 1958 wirksam fristlos gekündigt.

Ist das aber der Fall, so mußte das Berufungsgericht im vorliegenden Rechtsstreit sachlich prüfen, ob der Schriftsatz der Beklagten vom 19. Mai 1958 eine erneute fristlose Kündigung enthält und ob diese berechtigt ist, falls der Kläger in der behaupteten Weise gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen hat. Das hat das Berufungsgericht bisher nicht geprüft. Diese Prüfung muß es noch nachholen.

Glanzm^unn Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Dr. Vogt Finke