

## Nur eine Lesebestätigung beweist den Zugang!

1. Eine außerordentliche Kündigung (hier: wegen Verzugs) ist unwirksam, wenn es an einer vorherigen Fristsetzung mit Kündigungsandrohung (mangels bewiesenen Zugangs) fehlt.
2. Aus einer E-Mail-Fehlermeldung ergibt sich kein Anscheinsbeweis für den Zugang. Bei E-Mails bedarf es hierfür vielmehr einer Lesebestätigung.

OLG Koblenz, Beschluss vom 21.04.2020 - 3 U 1895/19

BGB §§ 133, 157; VOB/B § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 1, 3 Nr. 2

### Problem/Sachverhalt

Die Gemeinde als Auftraggeber (AG) und der Auftragnehmer (AN) schließen einen Bauvertrag. Während der AN mit den Abbrucharbeiten gemäß Abschnitt 1.2.01 (Vorarbeiten) des Leistungsverzeichnisses beginnt, meldet er wegen der Arbeiten ab Abschnitt 1.2.02 (Bodenbelag) Bedenken an und erbringt insoweit keine Leistungen. Auch die Zurückweisung der Bedenken durch den AG ändert daran nichts. Am 19.12.2017 setzt der Rechtsanwalt des AG dem AN eine Frist zur Aufnahme der Bodenbelagsarbeiten. Dieses Schreiben versendet er per Post und per E-Mail. Nach Ablauf der Frist kündigt er für den AG mit Schreiben vom 27.12.2017 den Vertrag aus wichtigem Grund. Im Prozess bestreitet der AN, das Schreiben mit der Fristsetzung und Kündigungsandrohung erhalten zu haben.

### Entscheidung

In der Berufung weist das OLG darauf hin, dass die formalen Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht bewiesen seien und die Kündigung daher in eine freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B umzudeuten sei (BGH, **IBR 2003, 595**). Insbesondere könne der AG keine der Kündigung vorausgehende Fristsetzung mit Kündigungsandrohung nachweisen. Diese sei zur Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung erforderlich. Das anwaltliche Schreiben vom 19.12.2017 erfülle zwar die Anforderungen an eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung, dessen **Zugang** habe der AG aber **nicht unter Beweis** stellen können. Aus dem vom AG vorgetragene **Fehlen eines Postrückläufers sowie einer E-Mail-Fehlermeldung** ergebe sich **kein Anscheinsbeweis für den Zugang**. Bei E-Mails bedürfe es zur Annahme eines Anscheinsbeweises vielmehr einer **Lesebestätigung** (BGH, **IBR 2014, 1069** - nur online), die der AG nicht vorlege. Ob auch eine Eingangsbestätigung ausreichend wäre (so OLG Düsseldorf, **NJW 2003, 833**), könne offenbleiben, denn auch diese lege der AG nicht vor. Der bloße Nachweis des Absendens genüge zur Begründung eines Anscheinsbeweises jedenfalls nicht (OLG Köln, Urteil vom 05.12.2006 - **3 U 167/05, BeckRS 2007, 267**). Die **Umdeutung in eine freie Kündigung** sei nur dann **nicht vorzunehmen**, soweit der AG in der Kündigungserklärung die **hilfsweise freie Kündigung ausdrücklich ausschließe**. Gerade vor dem Hintergrund, dass das Kündigungsschreiben von einem Rechtsanwalt verfasst sei, wäre ein solcher Ausschluss zu erwarten gewesen, wenn der AG eine freie Kündigung vermeiden wollte.

### Praxishinweis

Stellt der Auftraggeber in der Kündigungserklärung klar, dass er nur aus wichtigem Grund und nicht hilfsweise frei kündigt, und liegen die Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund nicht vor, bleibt der Vertrag wirksam. Der AN kann den AG in Annahmeverzug setzen, indem er seine Leistungen weiter anbietet. Für die Vorhaltekosten kann er eine angemessene Entschädigung nach §

**642** BGB verlangen. Er kann auch seinerseits kündigen, entweder wegen des Mitwirkungsverzugs nach §§ **642, 643** BGB oder nach § **9** VOB/B. Die unberechtigte Kündigung aus wichtigem Grund stellt darüber hinaus einen wichtigen Grund für eine "Gegenkündigung" des AN dar (BGH, **IBR 1996, 445**).

***RA und FA für Bau- und Architektenrecht Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach*** 

© id Verlag