

**Titel:**

**Kündigung des Bauvertrags durch Email bei Geltung der VOB/B**

**Normenketten:**

BGB § 126, § 650h

VOB/B § 8 Abs. 6

**Leitsatz:**

**Ein Bauvertrag kann nicht durch Email gekündigt werden. (Rn. 35 – 41) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Bauvertrag, Kündigung, Schriftform, E-Mail

**Vorinstanz:**

LG Traunstein, Endurteil vom 30.04.2021 – 2 O 2621/20

**Fundstellen:**

ZfIR 2022, 514

BauR 2023, 238

BeckRS 2022, 24300

LSK 2022, 24300

**Tenor**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 30.04.2021, Aktenzeichen 2 O 2621/20, wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Traunstein und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 22.266,45 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

**1**

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohns sowie Rückzahlung eines nach Inanspruchnahme einer Bürgschaft erhaltenen Betrages in Anspruch.

**2**

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Traunstein vom 30.04.2021 Bezug genommen.

**3**

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 12.801,34 € zzgl. Verzugszinsen sowie Rückzahlung eines nach Inanspruchnahme einer Bürgschaft erhaltenen Betrages in Höhe von 9.465,11 € zzgl. Rechtshängigkeitszinsen an die Bürgin verurteilt.

**4**

Hinsichtlich der Antragstellung erster Instanz wird auf den Tatbestand und hinsichtlich der Begründung des Ersturteils wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen landgerichtlichen Urteils sowie auf die

zusammenfassende Darstellung in der Senatsverfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt I. Bezug genommen.

**5**

Die Beklagte verfolgt ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag im Wege der Berufung weiter.

**6**

Wegen der Berufungsrügen der Beklagten wird auf die zusammenfassende Darstellung in der Im Berufungsverfahren beantragt die Beklagte:

Das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 30.4.2021, Az. 2 O 2621/20 wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

**7**

Die Klägerin beantragt die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

**8**

Bezüglich der Berufungserwiderung der Klägerin wird auf die zusammenfassende Darstellung in der Senatsverfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt III. Bezug genommen.

**9**

Der Senat hat mit Verfügung vom 10.1.2022 darauf hingewiesen, dass und warum er beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

**10**

Hierzu ging fristgemäß eine Gegenerklärung der Beklagten vom 27.1.2022 ein.

**11**

Auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren wird im Übrigen Bezug genommen.

II.

**12**

Die Berufung gegen das Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 30.04.2021, Aktenzeichen 2 O 2621/20, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

**13**

Zur Begründung wird zunächst auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 10.1.2022 Bezug genommen.

**14**

Die Ausführungen in der Gegenerklärung geben zu einer Änderung keinen Anlass.

**15**

Hierzu ist Folgendes auszuführen:

1. Entbehrlichkeit einer Kündigungserklärung des Auftraggebers

**16**

Der Senat hält an seiner im Hinweis vom 10.1.2022 dargelegten Rechtsauffassung fest, wonach eine wirksame Kündigung der Beklagten Voraussetzung für die Geltendmachung von Ersatzvornahmekosten war.

**17**

Eine wirksame Kündigung der Beklagten wäre nach dem Urteil des BGH vom 14.11.2017, Az. VII ZR 65/14 nur dann nach Treu und Glauben entbehrlich, wenn eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers und ein Verhalten des Auftraggebers vorliegt, durch welches dieser zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will.

**18**

Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung, einer endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung der Klägerin.

**19**

a) Der Senat hat in seiner Verfügung vom 10.1.2022 die nach der Rechtsprechung des BGH an die Annahme einer Erfüllungsverweigerung zu stellenden Anforderungen dargelegt und bleibt auch angesichts der in der Gegenerklärung vorgebrachten Argumente dabei, dass unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung im vorliegenden Fall bei einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens der Klägerin nicht von einer endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung der Klägerin ausgegangen werden kann.

**20**

b) Soweit sich die Beklagte in ihrer Gegenerklärung erneut auf die Auseinandersetzung zwischen einem der Geschäftsführer der Klägerin, Herrn B. S. und dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn O. Z., vom 27.8.2019 und die hieraus resultierende rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung stützt, bleibt der Senat bei seiner mit Verfügung vom 10.1.2022 dargelegten und begründeten Auffassung, dass diesem Vorgang nicht mit hinreichender Sicherheit eine endgültige und ernsthafte Weigerung der Klägerin, die am streitgegenständlichen Bauvorhaben W. gerügten Mängel zu beseitigen, entnommen werden kann.

**21**

aa) Inwiefern die Ausführungen des BGH in dessen Beschluss vom 22.9.2015, Az. 4 StR 152/15 für die Beurteilung der strittigen zivilrechtlichen Fragestellung von Bedeutung wären, vermag der Senat nicht zu erkennen.

**22**

bb) Soweit die Beklagte auf die Gründe des Strafurteils des Amtsgerichts Erding, Az. 2 Cs 601 Js 30730/19 verweist, auf die im rechtskräftigen Strafurteil des Landgerichts Landshut, Az. 2 Ns 601 Js 30730/19 Bezug genommen wird, ist diesen zu entnehmen, dass der damalige Angeklagte B. S. in strafrechtlich relevanter Weise versuchte, den Geschäftsführer der Beklagten, Herrn O. Z., dazu zu nötigen, die Rechnung der Klägerin zu einem Bauvorhaben V. zu bezahlen. Hieraus folgt, dass es bei dem Telefonat - jedenfalls in erster Linie - nicht um die Mängelrügen der Beklagten betreffend das streitgegenständliche Bauvorhaben W. ging.

**23**

Der Senat verkennt nicht, dass sich aus den Gründen des vorgenannten Strafurteils ergibt, dass die Zurückhaltung der Schlusszahlung für das Bauvorhaben Vogl durch den Geschäftsführer der Beklagten mit einem Schaden beim Bauvorhaben Winkler begründet worden war, durch diesen also durchaus ein tatsächlicher Zusammenhang hergestellt worden war. Was das Bauvorhaben Winkler angeht, ist den Gründen des Strafurteils jedoch lediglich zu entnehmen, dass der damalige Angeklagte B. S. dessen Aussage nach gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn O. Z., die Auffassung vertreten hatte, dass er die wegen angeblichen Mängeln am Bauvorhaben W. geltend gemachten Schadensersatzforderungen nicht für berechtigt halte. Weder der Aussage des damaligen Angeklagten noch den Aussagen der damaligen Zeugen Z. und K. ist zu entnehmen, dass bei diesem Telefonat die Beseitigung der am Bauvorhaben Winkler gerügten Mängel durch den damaligen Angeklagten endgültig und ernsthaft verweigert worden wäre, ja hierüber überhaupt gesprochen worden wäre.

**24**

c) Der Senat teilt die Auffassung der Berufung, wonach es sich bei dem Verhalten des Mitgeschäftsführers der Beklagten um ein unerträgliches Verhalten handelt.

**25**

Dieses Verhalten wurde durch die rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung geahndet. Für den vorliegenden Zivilrechtsstreit ist den Urteilsgründen des Strafurteils allerdings nicht mit hinreichender Sicherheit eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung betreffend die Beseitigung gerügter Mängel am streitgegenständlichen Bauvorhaben entnehmen.

2. Wahrheitswidrige Behauptungen der Klägerin betreffend Kündigungserklärungen der Beklagten

**26**

Soweit die Beklagte erneut darlegt, dass die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht wissentlich unwahr das Vorliegen einer Kündigungserklärung der Beklagten verneint habe, ergeben sich aus der Gegenerklärung keine Gründe für den Senat, von seiner in der Verfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt IV. 2. dargelegten und begründeten gegenteiligen Auffassung abzuweichen.

#### **27**

a) Aus den in der Gegenerklärung auszugsweise zitierten Gründen des angefochtenen Ersturteils ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen derartigen wissentlich unwahren Vortrag der Klägerin.

#### **28**

Der Passus befasst sich ausschließlich damit, welche Auffassungen das Landgericht und der Klägervertreter im Termin vom 26.3.2021 zu der Frage vertreten hatten, ob es einer Kündigung der Beklagten überhaupt bedurft habe, ihm ist hingegen nichts dazu zu entnehmen, dass die Klägerin den Zugang einer oder mehrerer Kündigungserklärungen (welche die Beklagte bis zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht vorgetragen hatte) bestritten hätte. Auch wenn man als wahr unterstellt, dass der Klägervertreter im Termin geäußert haben soll, dass es einer Kündigung der Beklagten bedürfe, würde es sich hierbei ausschließlich um eine rechtliche Einschätzung und keinen wahrheitswidrigen Tatsachenvortrag handeln. Eine Zeugeneinvernahme des als Zeugen benannten Richters am Landgericht S. ist daher zu dieser Behauptung der Beklagten nicht veranlasst.

#### **29**

b) Soweit die Beklagte in ihrer Gegenerklärung meint, dass die Klägerin ihre Aussage im Schriftsatz vom 22.1.2021 noch präzisiert habe, ist dies bereits in Anbetracht des Umstandes, dass der Termin vom 26.3.2021 zeitlich weit nach dem Schriftsatz vom 22.1.2021 datiert, nicht nachvollziehbar.

#### **30**

Im Übrigen hatte die Klägerin im Schriftsatz vom 22.2.2021 auf Seite 4 oben, 2. Absatz lediglich bestritten, „dass die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach den Vorschriften der VOB/B geschaffen wurden.“ und die Rechtsauffassung vertreten: „Die Beklagte trägt auch insoweit nicht schlüssig vor, wann der Klägerin die notwendigen Erklärungen zugegangen sein sollen.“

#### **31**

Es kann nicht davon die Rede sein, dass die Klägerin hierdurch den Zugang einer oder mehrerer Kündigungserklärungen der Beklagten bestritten hätte oder diesbezüglich wahrheitswidrige Behauptungen ins Blaue hinein aufgestellt hätte, zumal die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht zu von ihr erklärten Kündigungen vorgetragen hatte. Derartiger Sachvortrag erfolgte vielmehr erstmals im nicht nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 30.3.2021 nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Landgerichts am 26.3.2021.

#### **32**

c) Was die Auslegung des Schreibens der Beklagten vom 31.8.2019 (Anlage B26) angeht, hält der Senat an seiner in der Verfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt IV. 2 c) dargelegten Auffassung fest.

#### **33**

Die Gegenerklärung erschöpft sich darin, mit den bereits in der Berufungsbegründung vorgebrachten Argumenten eine Auslegung im Sinne der Beklagten vorzunehmen. Mit diesen Argumenten hat sich der Senat bereits in seiner Verfügung vom 10.1.2022 auseinandergesetzt.

#### **34**

Gleiches gilt für die Auslegung des Schreibens der Klägerin vom 3.9.2019 (Anlage B 30), welches die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vorgelegt hat, selbst wenn man davon ausginge, dass die Voraussetzungen für dessen Zulassung gem. § 531 Abs. 2 ZPO vorlägen.

#### **35**

d) Der Senat hält auch an seiner in der Verfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt IV. 3. mitgeteilten Auffassung fest, wonach das Schriftformerfordernis gem. § 8 Abs. 6 VOB/B durch eine Kündigung per E-Mail nicht gewahrt wird.

#### **36**

Gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B ist die Kündigung schriftlich zu erklären. Gemäß § 126 Abs. 1 BGB ist in den Fällen, in denen durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens zu unterzeichnen.

### **37**

Bei der VOB/B handelt es sich nicht um ein Gesetz, sondern um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weshalb § 8 Abs. 6 VOB/B keine gesetzliche Formvorgabe darstellt. Dieser Umstand führte nach altem Recht, also vor Inkrafttreten von § 650h BGB, dazu, dass § 127 Abs. 2 BGB anwendbar war, wonach zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form auch die telekommunikative Übermittlung, also auch die Übermittlung per E-Mail genügte.

### **38**

Allerdings enthält § 650h BGB für nach dem 31.12.2017 abgeschlossene Bauverträge eine entsprechende Regelung, wonach die Kündigung des Bauvertrags der Schriftform bedarf. Hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Formvorgabe.

### **39**

Der Senat schließt sich der in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, Kommentar, 21. Auflage 2020, § 8 Abs. 6 VOB/B, Rn. 3 vertretenen Auffassung an, wonach angesichts dieser neuen gesetzlichen Formvorgabe eine telekommunikative Übermittlung nicht mehr ausreichend ist.

### **40**

Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 5./28.2.2019 (Anlage K 1) handelt es sich um einen Bauvertrag im Sinne § 650a Abs. 1 BGB, auf den § 650h BGB und damit § 126 Abs. 1 BGB Anwendung findet.

### **41**

Soweit die Gegenerklärung sich für ihre Auffassung, wonach es unzeitgemäß sei, „eine E-Mail mit angehängter pdf-Datei nicht mehr als wirksame Willenserklärung im Kontext des § 8 VOB gelten zu lassen“, auf eine Umfrage des Prozessbevollmächtigten der Beklagten stützt, mag dies durchaus der Fall sein, allerdings sieht sich der Senat nicht in der Lage, sich über die gesetzliche Regelung in § 650 h BGB hinwegzusetzen.

## **3. Verletzung rechtlichen Gehörs**

### **42**

Der Senat hält an seiner in der Verfügung vom 10.1.2022 unter Gliederungspunkt IV. 4. ausführlich dargelegten und begründeten Auffassung fest, wonach die Beklagte nicht aufzuzeigen vermochte, dass das Landgericht ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hätte.

### **43**

a) Soweit die Beklagte in ihrer Gegenerklärung meint, dass im Termin vor dem Landgericht ein strukturelles Ungleichgewicht geherrscht habe, da der Geschäftsführer der Beklagten, dessen persönliches Erscheinen das Landgericht angeordnet habe, sich vom Beklagtenvertreter unter Hinweis darauf, dass er bedroht worden sei, habe entschuldigen lassen, weshalb das Gericht einen neuen Termin habe anberaumen oder von sich aus Schriftsatznachlass gewähren oder die mündliche Verhandlung wieder habe eröffnen müssen, verhilft dies ihrer Berufung nicht zum Erfolg.

### **44**

Dass der Geschäftsführer der Beklagten bei einem neu anberaumten Termin bzw. Wiedereröffnung der Verhandlung in Anbetracht der vorgefallenen Bedrohung tatsächlich erschienen wäre, ist beklagtenseits nicht vorgetragen. Deshalb überzeugt bereits die Argumentation der Beklagten nicht, wonach er sich in einem neuen Termin persönlich hätte äußern können.

### **45**

b) Soweit die Beklagte in ihrer Gegenerklärung vorbringt, dass der Geschäftsführer der Beklagten, wenn ihm in der vorgenannten Art und Weise rechtliches Gehör gewährt worden wäre, deutlich gemacht hätte, dass er infolge der Bedrohung jede weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin, auch betreffend das streitgegenständliche Bauvorhaben Winkler ausgeschlossen habe, würde dieser Sachvortrag die Anforderungen des § 8 Abs. 6 VOB/B an eine schriftliche Kündigung nicht ersetzen.

**46**

Ebenso wenig hätte die Beklagte hierdurch eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung der Klägerin, welche zusätzlich Voraussetzung für die beklagtenseits zur Aufrechnung gestellten Ersatzvornahmekosten ist, dargelegt.

**47**

c) Im Übrigen war die Beklagte im Termin vor dem Landgericht anwaltlich vertreten. 28 U 3344/21 Bau - Seite 9 - Wenn sie in Anbetracht der im Termin zuletzt erfolgten Äußerung des Gerichts, wonach eine Kündigung der Beklagten erforderlich sei, Anlass für weiteren Sachvortrag gesehen hätte, hätte sie Schriftsatznachlass beantragen müssen. Zur Gewährung einer Schriftsatzfrist von Amts wegen war das Landgericht nicht verpflichtet.

4. Fristverlängerung

**48**

Dem Fristverlängerungsantrag auf Seite 6 der Gegenerklärung ist nicht zu entsprechen.

**49**

Weder hat die Beklagte dargelegt, warum die begehrte Fristverlängerung erforderlich sei, noch ist dies aus dem Akteninhalt sonst ersichtlich.

**50**

Es ist auch unverständlich, aus welchem Rechtsgrund zu welchem Umstand eine Fristverlängerung überhaupt begehrt wird.

**51**

Die Berufung ist daher zurückzuweisen.

III.

**52**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

**53**

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgt gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**54**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 3 ZPO, 47, 48 GKG bestimmt.

IV.

**55**

Im Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO kommt eine Zulassung der Revision schon aus Rechtsgründen nicht in Betracht, denn wenn die deren Zulassungsgründe vorlägen, wäre dieses Verfahren ausgeschlossen.

**56**

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

**57**

Soweit die Beklagte im Hinblick auf die maßgebliche Rechtsfrage, ob für eine formwirksame Kündigung gem. § 8 Abs. 6 VOB/B eine E-Mail mit angehängter pdf-Datei ausreicht, eine Divergenz zwischen der Auffassung des Senats und derjenigen anderer Oberlandesgerichte behauptet, besteht eine solche tatsächlich nicht, denn die beklagtenseits angeführten Urteile des OLG Frankfurt in IBR 2016, Seite 223 und des OLG Köln vom 22.6.2016, Az. 16 U 145/15 ergingen beide noch zur alten Rechtslage vor Inkrafttreten des § 650h BGB.

**58**

Im Übrigen rechtfertigen unterschiedliche Rechtsauffassungen in der Kommentarliteratur nicht die Zulassung der Revision.