Gutachten

Bearbeitet von Stud. jur. Maximilian Wolf, Heidelberg*

Hausarbeit: Zwischenprüfung im Privatrecht

Sachverhalt

Student S möchte den Mietvertrag über seine Ein-Zimmer-Wohnung in Heidelberg kündigen, um zu seiner Freundin zu ziehen. Der zwischen S und dessen Vermieter V abgeschlossene Mietvertrag sieht eine Kündigungsfrist bis zum 15. eines Monats zum Monatsende vor.

Als S den V am 4. Oktober zufällig in einem Restaurant trifft, teilt er diesem seinen zum Monatsende bevorstehenden Auszug mit; V nickt freundlich, aber uninteressiert, weil er in Gedanken seine bevorstehende Steuererklärung durchging und die Worte des S zwar hörte, aber inhaltlich nicht aufnahm.

Um sicherzugehen, begibt sich S daher am 8. Oktober zum Hause des V, um diesem ein Kündigungsschreiben auszuhändigen. Dort angekommen, findet er den Briefkasten mit einem Klebeband und der Aufschrift „Bin in Urlaub – keine Postannahme“ verschlossen. S geht daraufhin mitsamt seinem Kündigungsschreiben wieder von dannen.

Am 12. Oktober sucht S den V erneut auf. Nachdem er den Briefkasten noch immer verklebt vorfindet, im Haus aber Licht erblickt, entschließt er sich zur persönlichen Übergabe. Auf sein Klingeln öffnet die Nachbarin N, welche V mit dem Blumengießen beauftragt hatte, die Tür. S möchte ihr sein Kündigungsschreiben aushändigen, was diese aber mit der Bemerkung verweigert, V befinde sich noch in Urlaub und es sei ihr nicht erlaubt, Post entgegenzunehmen. Daraufhin wirft S den verschlossenen Umschlag mit der Kündigungserklärung erbost durch die noch einen Spalt breit aufstehende Türe, sieht aber noch, wie N diesen Umschlag umgehend und ungelesen mit einem Fußtritt wieder aus der Türe hinaus in den Garten befördert. Dort wird er von einer Windböe davongetragen.

Sicherheitshalber sendet S dem V nunmehr am 16. Oktober eine erneute Kündigungserklärung zum 31. Oktober mit der Post, die am 17. Oktober in den Hausbriefkasten des V eingeworfen und von diesem am selben Tag auch gelesen wird.

Hat die Kündigung das Mietverhältnis mit Wirkung zum 31. Oktober beendet?

Gutachten

Die Kündigung des S hat das Mietverhältnis gemäß § 542 I *[BGB]*[1] mit Wirkung zum 31. Oktober beendet, wenn S das Kündigungsrecht zusteht und er die Kündigung frist- und formgerecht erklärte.

A. Kündigungsrecht

S könnte ein ordentliches Kündigungsrecht aus § 542 I haben. Dazu müsste zwischen S und V ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit bestehen. Laut Sachverhalt schlossen beide einen „Mietvertrag“, sodass ein Mietverhältnis bestand. Dabei ist eine zeitliche Begrenzung nicht ersichtlich. Entsprechend steht ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit in Rede. S steht das Kündigungsrecht aus § 542 I zu, das keinen wichtigen Grund voraussetzt, bei dem jedoch in jedem Fall eine Kündigungsfrist einzuhalten ist.[2]

B. Kündigungserklärung

Sodann müsste S die Kündigung innerhalb der entsprechenden Frist formgerecht erklärt haben. *[Wenn Sie Frist und Form hier bereits ansprechen, sollten Sie auch die entsprechenden Normen nennen, §§ 568 I, 573c BGB.]*

I. Mitteilung am 4. Oktober

Bereits am 4. Oktober könnte S die Kündigung wirksam erklärt haben. Dazu müsste er eine entsprechende Willenserklärung abgegeben haben und diese dem V form- und fristgerecht zugegangen sein.

1. Willenserklärung des S

Die Mitteilung des Auszugs müsste eine Willenserklärung sein. Mangels Legaldefinition hat sich für den Begriff der Willenserklärung die Definition als Äußerung des auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens herausgebildet.[3]

a) Objektiver Erklärungstatbestand

Die Äußerung des Willens als objektiver Erklärungstatbestand umfasst das äußere Verhalten, das den auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft gerichteten Willen erkennen

---

* *Maximilian Wolf* studiert im 5. Semester Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg, zuvor an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Anfängerübung Privatrecht im Wintersemester 2010/2011 vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Arbeitsrecht und Rechtsgeschichte *(Prof. Dr. Ralph Weber)* an der Universität Greifswald gestellt. Sie wurde mit 16 Punkten bewertet. Die durchschnittliche Bewertung betrug 6,4 Punkte. 25,8 Prozent der Arbeiten wurden mit mangelhaft bewertet, 26,4 Prozent der Bearbeiter erreichten eine Bewertung im ausreichenden und 26,1 Prozent im befriedigenden Bereich. 16,9 Prozent erzielten eine vollbefriedigende, 4,2 Prozent eine gute sowie 0,6 Prozent eine sehr gute Note. Für die kursivgedruckten (nachträglichen) Korrekturanmerkungen dankt die Redaktion Herrn *Ass. jur. Jan Ehlers,* wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht.

1 Alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB. *[Beim ersten Mal sollten Sie das Gesetz aber noch nennen.]*

2 *Dirk Looschelders,* Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 461.

3 *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl. 2009, § 4 Rn. 82 f.

lässt.[4] Vorliegend erschließt sich aus der Mitteilung des Auszuges jedenfalls konkludent der auf Kündigung zum Monatsende gerichtete Willen. Mithin ist der objektive Erklärungstatbestand einer Kündigung erfüllt.

b) Subjektiver Erklärungstatbestand

Der innere Wille als subjektiver Erklärungstatbestand gliedert sich in den Handlungswillen, das Erklärungsbewusstsein sowie den Geschäftswillen.[5]

Der Handlungswille umfasst den Willen, überhaupt den äußeren Tatbestand einer Erklärung herbeizuführen.[6] Dieser ist bei S eindeutig gegeben.

Das Erklärungsbewusstsein stellt das Bewusstsein dar, überhaupt etwas rechtlich Verbindliches zu erklären[7] und ist bei S, dem es darauf ankam, ein Rechtsverhältnis rechtlich verbindlich zu beenden, ebenso vorhanden.

Schließlich ist der Geschäftswille darauf gerichtet, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen,[8] hier das Mietverhältnis nach § 542 I zu beenden.

Eine auf Kündigung zum 31. Oktober gerichtete Willenserklärung liegt in Form der Mitteilung folglich in subjektiver wie in objektiver Hinsicht vor.

[hier unproblematisch]

2. Abgabe der Willenserklärung

S könnte eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden in unverkörperter Form abgegeben haben. Trotz des Fehlens einer Regelung der Abgabe im BGB besteht Einigkeit dahingehend, dass eine solche Erklärung so zu äußern ist, dass der Empfänger in der Lage ist, sie zu verstehen.[9]

Empfangsbedürftig ist eine Willenserklärung, wenn sie an einen bestimmten Adressaten gerichtet ist.[10] Kündigungen, die das mit einer anderen Person eingegangene Rechtsverhältnis beenden sollen, sind an eben diese Person gerichtet und damit empfangsbedürftig.

Unter Anwesenden erfolgt eine Erklärung bei unmittelbarer Kommunikation.[11] Der vorliegend mündliche Kontakt genügt dieser Voraussetzung.

Unverkörpert sind alle mündlichen Erklärungen,[12] somit auch die Kündigungserklärung des S.

Da obige Voraussetzungen erfüllt sind, müsste S die Kündigung so erklären, dass V als Empfänger in der Lage wäre, sie zu verstehen. Hier war es dem V jedenfalls ohne Weiteres möglich, die Erklärung des S zu verstehen. Auf seine fehlende Aufmerksamkeit kommt für die Verständnismöglichkeit nicht an. S hat die Kündigungserklärung somit wirksam abgegeben.

3. Zugang der Willenserklärung

Fraglich bleibt, ob die Erklärung dem V auch zugegangen ist. Die Erklärung könnte dem V gemäß § 130 I S. 1 zugegangen sein. Allerdings regelt diese Norm lediglich den Zugang unter Abwesenden. Aufgrund der unmittelbaren Kommunikation zwischen S und V ist sie entsprechend nicht einschlägig.

Allerdings könnte § 130 I S. 1 analog anzuwenden sein. Dabei besteht Einigkeit dahingehend, dass dies – wie vorliegend – unter Anwesenden der Fall ist.[13] Die genauen Voraussetzungen des Zugangs unter Anwesenden sind gleichwohl umstritten, wobei vier Ansichten zu unterscheiden sind.

a) Ansichten zum Zugang unter Anwesenden

Die erste Ansicht lässt die bloße akustische Wahrnehmungsmöglichkeit genügen, sog. Empfangstheorie.[14] Diese Möglichkeit bestand für V, der sich freiwillig unaufmerksam verhielt, in jedem Fall.

Eine zweite Ansicht nimmt den Zugang dagegen erst an, wenn der Empfänger die Erklärung gehört und inhaltlich richtig verstanden hat.[15] Danach wäre die Erklärung dem V, der die Worte des S zwar hörte, aber nicht aufnahm und damit auch inhaltlich nicht verstand, nicht zugegangen.

Einer dritten Ansicht zufolge kommt es lediglich auf die akustische Wahrnehmung an, nicht aber auf die richtige Erfassung des Inhalts der Erklärungszeichen.[16] Dass V den S inhaltlich nicht verstand, beruht hier jedoch schon darauf, dass er die Erklärungszeichen akustisch nicht vernahm. Hiernach wäre der Zugang mithin ebenfalls zu verneinen. *[Nein, laut Sachverhalt hörte V die Worte des S, Subsumtionsfehler.]*

Schließlich stellt eine vierte Auffassung darauf ab, dass der Erklärende keinen vernünftigen Zweifel an der akustischen Wahrnehmung des Empfängers haben darf.[17] Vorliegend verhielt sich V zwar unaufmerksam, doch unterließ er es nicht bloß, hierauf aufmerksam zu machen, sondern nickte freundlich, sodass für S kein Anlass bestand, an der Vernehmung der Erklärung zu zweifeln. Damit wäre der Zugang nach dieser letzten Ansicht zu bejahen.

b) Streitentscheid

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist der Streit zu entscheiden.

---

4 *Dieter Leipold,* BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2007, § 10 Rn. 14.

5 *Brox/Walker* (Fn. 3), AT, § 4 Rn. 84 ff.

6 *Leipold* (Fn. 4), § 10 Rn. 18.

7 *Peter Gottwald,* Examens-Repetitorium BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 36.

8 *Bernd Rüthers/Astrid Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl. 2009, § 17 Rn. 12.

9 *Brox/Walker* (Fn. 3), AT, § 7 Rn. 144.

10 *Paul Jendrek,* in: Erman/Westermann, BGB Handkommentar, 11. Aufl., 2004, § 542 Rn. 9.

11 *Reinhard Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Aufl. 2000, § 16 Rn. 605.

12 *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 606.

13 *Ulrich Haas,* Das Wirksamwerden von Willenserklärungen, JA 1997, 116 (116).

14 *Ulrich Burgard,* Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195 (1995), 74 (95).

15 *Josef Schlechtriem* in: Ehmann/Hefermehl/Laufs (Hrsg.), Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag, 1980, 94 (137 f.).

16 *Wolfgang Hefermehl,* in: Soergel/Siebert, BGB, Band 2 AT 2, 13. Aufl. 1999, § 130 Rn. 21.

17 *Karl Larenz/Manfred Wolf,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 26 Rn. 31 f.; *Dieter Medicus,* Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, § 22 Rn. 289.

Der Empfangstheorie ist entgegenzuhalten, dass die Kenntnisnahme als Idealziel hier in den Hintergrund gerät, wenn genügen soll, dass sie lediglich wegen ihrer theoretischen Möglichkeit nicht fernliegt. Dem Empfänger wird damit das Zugangsrisiko aufgebürdet, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, dass durch Rückfragen der anwesende Erklärende die Möglichkeit hat, sich des Empfängerverständnisses zu vergewissern und ihm so höhere Anstrengungen zumutbar sind als gegenüber einem abwesenden Empfänger. Die Theorie behandelt den Zugang unter Anwesenden also so, wie es allenfalls unter Abwesenden sachgerecht erschiene.

Dagegen bürdet die zweite Ansicht wiederum dem Erklärenden die Risiken auf Empfängerseite einseitig auf. Überdies widerspricht sie unter systematischen Gesichtspunkten dem Gesetz, das in § 119 I 1. Alt. für Fälle fehlenden inhaltlichen Verständnisses die Möglichkeit der Anfechtung eröffnet. Das setzt aber voraus, dass die falsch verstandene Erklärung überhaupt zugegangen ist.

Die dritte Ansicht ist bei der Risikoverteilung zuungunsten des Erklärenden zwar bereits zurückhaltender, spricht den Empfänger aber immer noch frei davon, auf unerkennbare akustische Verständnisdefizite wie Schwerhörigkeit oder Weghören hinzuweisen. Letztlich soll also auch hier eine Seite für Risiken einstehen, die sie mangels Kenntnis gar nicht abwenden kann.

Die vierte Auffassung verlangt dem Empfänger wiederum Hinweise auf Verständnisschwierigkeiten ab, ohne aber den Erklärenden davon zu entlasten, durch Rückfragen bei Zweifeln am Verständnis des anderen Teils auf den Zugang als beiderseitiges Ziel hinzuwirken. Beide Seiten werden im Einklang mit dem Grundgedanken des § 242 *[und des § 130 I 1 BGB]* dazu angehalten, für eine Ausschaltung aller Hindernisse eines Zugangs auf ihrer Seite zu sorgen.

Folglich ist der vierten Ansicht zu folgen und die Erklärung des S damit dem V zugegangen.

4. Form der Willenserklärung

Weiterhin wäre die Kündigung jedoch nach § 125 S. 1 nichtig, wenn S sie nicht in der gesetzlich bestimmten Form erklärte. Aus § 568 I ergibt sich ein Schriftformerfordernis für die Kündigung bei Mietverhältnissen über Wohnraum, dem vor allem eine Warnfunktion zukommt,[18] auch wenn den Mieter nicht die Pflicht zur Angabe von Gründen trifft.[19] Nach § 126 I müsste S die Kündigung demnach in Form einer eigenhändig unterzeichneten Urkunde erklärt haben. Dieses Erfordernis gilt auch für den Mieter und ist im Gegensatz etwa zu § 573c I weder für den Vermieter noch für den Mieter abdingbar.[20] Allerdings erklärte S die Kündigung am 4. Oktober nur mündlich. Auf diese Weise wurde die gesetzlich bestimmte Form nicht eingehalten.

Daran würde auch die Annahme einer Vermietung von Wohnraum zum nur vorübergehenden Gebrauch nach § 549 II Nr. 1 im vorliegenden Fall mangels eines Verweises dieser Norm auf § 568 I nichts ändern, zumal sich aus der Stellung des Mieters als Student allein noch nicht ergibt, dass der Wohnraum lediglich zum vorübergehenden Gebrauch vermietet ist.[21]

Die Erklärung des S ist daher formnichtig aus § 125 S. 1.

5. Zwischenergebnis

Die Erklärung wurde zwar abgegeben und ist dem V zugegangen, ist allerdings gemäß § 125 S. 1 nichtig. Damit fehlt es am 4. Oktober an einer wirksamen Kündigung.

II. Mitteilung am 8. Oktober

Dennoch besteht die Möglichkeit einer wirksamen Erklärung am 8. Oktober.

1. Willenserklärung des S

Das Kündigungsschreiben des S lässt seinen auf eine Kündigung gerichteten Willen erkennen und erfüllt damit den objektiven Erklärungstatbestand einer Willenserklärung. Dieser korrespondiert mit dem inneren Willen des S, sodass der subjektive Erklärungstatbestand einer Kündigung wie oben erfüllt ist. Auch das Schreiben stellt damit eine wirksame Willenserklärung dar.

2. Abgabe der Willenserklärung

Auch diese neue Erklärung müsste S abgegeben haben.

a) Abgabe am 8. Oktober

S könnte die Erklärung am 8. Oktober abgegeben haben. Eine empfangsbedürftige verkörperte Erklärung gegenüber einem Abwesenden ist abgegeben, sobald der Erklärende das vollendete Schriftstück in Richtung des Empfängers auf den Weg gebracht hat, sodass mit dem Zugang zu rechnen ist.[22] *[Das bedeutet, dass die Abgabe irrelevant ist, wenn jedenfalls kein Zugang vorliegt. Sie hätten daher alternativ auch sogleich den hier problematischen Zugang prüfen können.]*

Mit der Kündigung steht wie oben eine empfangsbedürftige Willenserklärung in Rede. Verkörpert sind alle dauerhaft fixierten Erklärungen,[23] was das vorliegende Schriftstück einschließt. Gegenüber einem Abwesenden wird eine Erklärung abgegeben, sobald ein Medium zwischengeschaltet ist, das keine unmittelbare Kommunikation zulässt.[24] Ist der Erklärungsinhalt in Form eines Schriftstückes fixiert, ist eine derartige Situation mithin gegeben.

Folglich müsste S das Schreiben nicht bloß vollendet, sondern in Richtung des V auf den Weg gebracht haben. Grds. müssen Briefe zur Abgabe in den Briefkasten ein-

18 *Olaf Riecke,* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 568 Rn. 1.

19 Im Gegensatz zum Vermieter, für den bei der ordentlichen Kündigung § 573 III gilt.

20 *Looschelders* (Fn. 2), § 23 Rn. 496; *Walter Weidenkaff,* in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 568 Rn. 3.

21 *Hans-Jürgen Bieber,* in: MüKo, Band 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2001, § 549 Rn. 14; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl. 2010, § 13 Rn. 29.

22 *Brox/Walker* (Fn. 3), AT, § 7 Rn. 147.

23 *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 606.

24 *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 605.

geworfen werden.[25] Das ist nicht geschehen, sodass fraglich ist, ob hier bereits das Aufsuchen des Briefkastens für eine Abgabe genügt.

Entscheidend ist an dieser Stelle, dass die Abgabe objektiver Ausdruck eines bestehenden Rechtsbindungswillens ist.[26] Der Erklärende darf deshalb erst in dem Moment gebunden sein, in dem er den Zugang nicht mehr verhindern kann. Auf den vorliegenden Fall übertragen, schließt das eine Abgabe vor Einwurf in den Briefkasten aus. Dass bei Einschaltung eines Boten die Erklärung auch bereits abgegeben worden wäre, bevor der Bote selbst den Briefkasten erreichte, kann an der vorliegenden Situation nichts ändern, weil der Erklärende in der Botensituation den Zugang ohne besondere Anstrengungen nicht mehr verhindern kann. Demgegenüber steht es S hier völlig frei, ob er sich weiter um den Zugang bemüht oder nicht.

Allerdings könnte die Widerrufsmöglichkeit aus § 130 I S. 2 dagegen sprechen, dass der Erklärende sich mit der Abgabe bereits endgültig binden muss. Dass das Gesetz voraussetzt, dass der Widerruf die eigentliche Erklärung über- oder zumindest einholt, zeigt aber, dass dieser eine außergewöhnliche Anstrengung darstellt für den Fall, dass die Verhinderung des Zugangs außerordentlich schwer ist. Für den Fall, dass der Zugang anstrengungslos zu verhindern ist, müsste der Erklärende dann sogar, wenn er den Zugang mit letzter Sicherheit verhindern will, eine Erklärung widerrufen, die nie auch nur in die Nähe einer Kenntnisnahme gelangt ist. § 130 I S. 2 steht der Abgabe als Ausdruck des Rechtsbindungswillens daher nicht entgegen.

Dem Erklärenden wird auf diese Weise die Abgabe auch nicht unbillig erschwert. Schließlich können Abgabe und Zugang aufgrund der Möglichkeit öffentlicher Zustellung aus § 132 nie gänzlich verhindert werden.

Entsprechend wurde das Schreiben bei isolierter Betrachtung des 8. Oktober nicht in Richtung des V auf den Weg gebracht, d. h. nicht abgegeben. *[Gut vertretbar, aber siehe oben.]*

b) Einheitlicher Lebenssachverhalt

Allerdings wäre die Kündigungserklärung bereits zuvor abgegeben worden, wenn die Mitteilungen am 4. und 8. Oktober sich als Teilakte eines einheitlichen Lebenssachverhalts darstellen. Dafür streitet, dass S das Haus des V aufsucht, um „sicherzugehen", also gleichsam die mündliche Kündigung zu bestätigen. Ebenso ist bei einer zeitlichen Differenz von weniger als einer Woche eine unmittelbare Abfolge von mündlicher und schriftlicher Erklärung gegeben.[27] Folglich ist am 4. und 8. Oktober von einer einheitlichen und so im identischen Erstereignis der Abgabe am 4. Oktober begründeten Erklärung auszugehen. Für den Zugang kommt es aufgrund des Formmangels des mündlichen Teilakts indes nur auf den schriftlichen an.

Die Abgabe ist mithin wirksam erfolgt.

3. Zugang der Willenserklärung

Weiterhin müsste das Schreiben dem V nach § 130 I S. 1 zugegangen sein. Wie schon unter Anwesenden gibt das Gesetz keinen genauen Aufschluss über die Anforderungen an einen wirksamen Zugang unter Abwesenden. Entsprechend werden hierzu verschiedene Ansichten vertreten.

a) Ansichten zum Zugang unter Abwesenden

Nach der Äußerungstheorie tritt die Wirksamkeit der Willenserklärung ein, sobald diese äußere Gestalt gewinnt,[28] was hier schon mit dem Verfassen des Briefes der Fall wäre.

Der Entäußerungstheorie zufolge fällt der Zugang mit der Abgabe der Erklärung in den Rechtsverkehr zusammen.[29] Da die Abgabe oben bejaht wurde, wäre das Schreiben also auch zugegangen.

Die Vernehmungstheorie nimmt den Zugang dagegen erst mit der Kenntnisnahme der Erklärung durch den Empfänger an,[30] mangels der es hier am Zugang fehlte.

Die Empfangstheorie *[entspricht dem heutigen § 130 BGB]* stellt nun darauf ab, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und dieser von ihr Kenntnis nehmen kann.[31] Der Briefkasten des Empfängers ist Teil des räumlichen Machtbereichs.[32] Problematisch erweist sich hier, dass S das Schreiben wieder mit sich nahm, dieses so nicht einmal in den Machtbereich des V gelangte. Grds. wäre der Zugang hiernach ausgeschlossen.

Schließlich sieht die modifizierte Empfangstheorie den Zugang überdies erst als erfolgt an, wenn mit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen ist.[33] Da es vorliegend jedoch schon am Eintritt in den Machtbereich des V fehlt, ergibt sich kein Unterschied zur reinen Empfangstheorie.

[Zutreffend sind die Anforderungen an den Zugang umstritten. Der von Ihnen dargestellte Streit betrifft jedoch zum Teil eine andere Frage, nämlich nach der grundsätzlichen Wirksamkeit einer Willenserklärung. Diese Frage ist jedoch mit Schaffung des § 130 BGB zugunsten der Empfangstheorie (Zugang) entschieden.]

b) Streitentscheid

Äußerungs- und Entäußerungstheorie ist gemeinsam, dass sie das Risiko des Abhandenkommens der Erklärung

25 *Helmut Köhler,* BGB Allgemeiner Teil, 32. Aufl. 2008, § 6 Rn. 12; *Rüthers/Stadler* (Fn. 8), § 17 Rn. 38.

26 *Reinhard Singer/Jörg Benedict,* in: Staudinger, 13. Bearbeitung 2006, § 130 Rn. 28.

27 Zur Annahme eines einheitlichen Lebenssachverhalts bei unmittelbarem Aufeinanderfolgen mündlicher und schriftlicher Erklärung BAG, NZA 1996, 1227 (1227); *Armin Höland,* Verzögerung, Verwirkung, Vereitelung – Probleme des Zugangs von Willenserklärungen am Beispiel einer Arbeitgeberkündigung, JURA 1998, 352 (354).

28 *Singer/Benedict,* in: Staudinger (Fn. 26), § 130 Rn. 2 m. w. N.

29 *Singer/Benedict,* in: Staudinger (Fn. 26), § 130 Rn. 3 m. w. N.

30 *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 609.

31 *Werner Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 23 f.; *Hefermehl,* in: Soergel/Siebert (Fn. 16), § 130 Rn. 8.

32 *Rolf Schmidt,* BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2009, S. 78.

33 BGH NJW 1977, 194; *Medicus* (Fn. 17), § 22 Rn. 270, 273 f.

dem Adressaten zuweisen. Dieser hat aber keinerlei Einfluss auf die Ereignisse zwischen Abgabe und dem Eintritt des Schreibens in seinen Machtbereich, sodass diese Risikoverteilung unbillig erscheint. Überdies widersprechen beide Theorien der im Wortlaut des § 130 I S. 1 angelegten klaren Trennung zwischen Abgabe und Zugang.

Dagegen übersieht die Vernehmungstheorie, dass es dem Erklärenden unter Abwesenden unmöglich ist, sich der tatsächlichen Kenntnisnahme zu versichern. Zudem dürfte der Beweis tatsächlicher Kenntnisnahme des Empfängers durch den Erklärenden kaum gelingen.[34] Diese Theorie erscheint daher genau wie Äußerungs- und Entäußerungstheorie für Erklärungen unter Abwesenden, bei denen Abgabe und Kenntnisnahme des Empfängers zeitlich und räumlich weit differieren können, nicht sachgerecht.

Stattdessen ist der Empfangstheorie zu folgen, die jeden Beteiligten nur die Risiken tragen lässt, die sich in seiner Sphäre begründen – namentlich den Erklärenden das Risiko des von ihm kontrollierten Eintritts in den Machtbereich des Empfängers, den Empfänger ab diesem Eintritt das Risiko der von ihm abhängenden tatsächlichen Kenntnisnahme. *[Bis hierhin überholt, s. o.]*

Zwischen reiner und modifizierter Empfangstheorie ergeben sich dabei nur Unterschiede hinsichtlich eines Widerrufs. Die reine Theorie erscheint allerdings als unbilliger Empfängerschutz, sofern der Adressat unter gewöhnlichen Umständen zugleich Erklärung und Widerruf vernimmt, letzteren aber nicht zu beachten hätte, weil die tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit der Erklärung früher bestand. Somit ist die modifizierte Empfangstheorie anzuwenden. Im Ergebnis fehlt es nach dieser grds. am Zugang. *[Da reine und modifizierte Empfangstheorie hier zum selben Ergebnis gelangen, war eine Entscheidung nicht erforderlich.]*

c) Vorliegen eines Zugangshindernisses

Allerdings könnte sich der Zugang daraus ergeben, dass V seinen Briefkasten verschloss. Die einseitige Auferlegung des Zugangsrisikos auf Seiten des Erklärenden würde hier durch § 242 mittels Rechtzeitigkeits- oder Zugangsfiktion[35] durchbrochen, wenn ein Zugangshindernis bestand. Dieses müsste jedoch vom Empfänger fahrlässig oder sogar arglistig herbeigeführt worden und demgegenüber nicht berechtigt sein.[36] Fraglich ist damit, ob der Verschluss des Briefkastens berechtigt war oder eine arglistige bzw. fahrlässige Zugangsvereitelung darstellte. *[Da noch weitere Kündigungsversuche zu prüfen waren, bei denen wirksamer Zugang hätte vorliegen können, empfahl es sich, eine Fiktion erst danach zu prüfen.]*

aa) Berechtigte Zugangsverhinderung

Die Zugangsverhinderung wäre berechtigt, wenn V schon gar keine Pflicht zur Vorhaltung von Empfangseinrichtungen träfe. Grds. sind keine derartigen Einrichtungen vorzuhalten. Ein Zugangshindernis stellt dies lediglich dar, wenn der Empfänger aufgrund angebahnter oder bestehender geschäftlicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat.[37] Da V jedoch schon als Vermieter und spätestens nach der formnichtigen Kündigung vom 4. Oktober mit einer Kündigung von Mieterseite zu rechnen hatte, trifft ihn eine solche Pflicht. *[= Obliegenheit]*

Eine berechtigte Zugangsverhinderung ließe sich ferner nur noch daraus herleiten, dass V der Zugang unzumutbar[38] gewesen wäre, was nicht ersichtlich ist. Damit war er zur Verhinderung des Zugangs keinesfalls berechtigt.

bb) Arglistige Zugangsvereitelung

V könnte den Zugang arglistig vereitelt haben mit der Folge, dass dieser analog § 162 I fingiert würde[39] oder nach anderer Auffassung eine Rechtzeitigkeitsfiktion einträte.[40] Der Empfänger müsste dann den Inhalt der Erklärung kennen oder mit dem Zugehen einer Erklärung bestimmten Inhalts rechnen und deshalb die Annahme verweigern.[41] Nicht genügend wäre bloßer Vorsatz hinsichtlich einer allgemeinen Verhinderung des Zugangs von Erklärungen. Dies belegt etwa der Fall, bei dem der Empfänger ein hinterlegtes Einschreiben grundlos nicht abholte, die Rspr. jedoch Arglist verneinte, da der Benachrichtigungszettel keine Angaben zum Absender enthalten hatte und somit der Empfänger nicht den Zugang einer ganz bestimmten Erklärung vereitelte.[42] Hier verschließt V den Briefkasten zwar bewusst. Nicht ersichtlich ist jedoch seine Absicht, gerade den Zugang der Kündigung des S zu verhindern. Von dessen Ansinnen am 4. Oktober hat er schließlich noch gar keine Kenntnis genommen. Mithin kann er nicht damit rechnen, dass ihm ohne das Hindernis ebendiese Kündigung zugehen würde. Somit besteht kein Zugangshindernis in Form arglistiger Zugangsvereitelung. *[vertretbar]*

cc) Fahrlässige Zugangsverhinderung

Gleichwohl könnte ein Fall fahrlässiger Zugangsvereitelung vorliegen. Dazu müsste V die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben, § 276 II. Ein umsichtiger Vermieter, der mit dem Eingang rechtserheblicher Erklärungen rechnen muss, würde Vorsorge dafür treffen, dass ihn solche auch erreichen können.[43] Ob schon lediglich objektive, aber noch nicht fahrlässige Zugangshindernisse eine Rechtzeitigkeitsfiktion begründen können, kann somit dahinstehen.[44] V beachtet die

34 Ebenso *Singer/Benedict,* in: Staudinger (Fn. 26), § 130 Rn. 8.

35 *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 637.

36 *Leipold* (Fn. 4), § 12 Rn. 19; einen systematischen Überblick gibt *Klaus Schreiber,* Abgabe und Zugang von Willenserklärungen, JURA 2002, 249 (252).

37 BGHZ 67, 271 (278 f.).

38 Näher zu Fällen der Unzumutbarkeit des Zugangs *Martin Ahrens,* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 18), § 130 Rn. 27.

39 *Medicus* (Fn. 17), § 22 Rn. 282; *Schmidt* (Fn. 32), S. 82; *Günter Christian Schwarz,* Kein Zugang bei Annahmeverweigerung des Empfangsboten?, NJW 1994, 891 (891).

40 *Larenz/Wolf* (Fn. 17), § 26 Rn. 41.

41 *Ulrich Eisenhardt,* Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1997, § 6 Rn. 100.

42 BGHZ 137, 205 (206).

43 BGH, VersR 1971, 262 (263).

44 Dafür *Flume* (Fn. 31), S. 238 f.; dagegen BGH, NJW 1996, 1967 (1968).

erforderliche Sorgfalt jedenfalls nicht und vereitelt den Zugang daher fahrlässig.

d) Rechtsfolge des Zugangshindernisses

Auf der Rechtsfolgenseite ist umstritten, ob die fahrlässige Zugangsvereitelung eine Zugangsfiktion für den Zeitpunkt begründet, in dem die Erklärung ohne das Hindernis zugegangen wäre,[45] hier also schon bei Vorfinden des verschlossenen Briefkastens; oder die Erklärung nur bei späterem Zugang als rechtzeitig zugegangen gilt, wenn der Erklärende Anstrengungen unternimmt, sie alsbald in den Herrschaftsbereich des Adressaten zu bringen.[46] Hier geht S zwar von dannen, kümmert sich aber noch vor Fristablauf wieder um die Kündigung. Er unternimmt so einen unverzüglichen zweiten Versuch, den Zugang zu bewirken. Folglich träte nach der zweiten Ansicht eine Rechtzeitigkeitsfiktion ein, sobald die Kündigung dem V verspätet zuginge.

Fraglich ist, welcher Ansicht zu folgen ist. Eine Fiktion nimmt dem Erklärenden einerseits die Möglichkeit des Widerrufs nach § 130 I S. 2. Andererseits muss er zwar nicht weiter auf den Zugang hinwirken. Dieser Schutz des Erklärenden erscheint bei nicht arglistig herbeigeführten Zugangshindernissen gleichwohl übertrieben. Zudem besteht auch ein gesellschaftliches Interesse an einem funktionierenden Rechtsverkehr, in dem Erklärungen ungehindert zugehen können. Zugangsfiktionen, die eine Partei vollends von der weiteren Verfolgung eines tatsächlichen Zugangs entlasten, dienen dem Rechtsverkehr als solchem nicht. *[Erst recht nicht dem Erklärenden, der vielleicht doch noch widerrufen möchte.]* Sie sollten daher auf enge Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Mithin ist der zweiten Ansicht zu folgen und eine Rechtzeitigkeitsfiktion für den Fall späteren Zugangs zu bejahen.

4. Form der Willenserklärung

Die die Rechtzeitigkeitsfiktion begründende Erklärung müsste zu ihrer Wirksamkeit dem Schriftformerfordernis aus § 126 I genügen. Mangels inhaltlicher Angaben zu dem Schreiben ist davon auszugehen, dass S dieses eigenhändig oder nach § 126 III in elektronischer Form ausfertigte und unterzeichnete. Damit wahrte er das gesetzliche Formerfordernis aus § 568 I bei Abgabe wie Zugang und erklärte die Kündigung am 8. Oktober formgerecht.

5. Rechtzeitigkeit der Mitteilung

Ferner müsste der Zeitpunkt, an den die Rechtzeitigkeitsfiktion anknüpft, innerhalb der Kündigungsfrist liegen. Grds. gilt bei einem Mietverhältnis über Wohnraum nach § 573c I S. 1 eine dreimonatige Frist für Mieter wie Vermieter.[47] Von dieser gesetzlichen Frist weicht der Mietvertrag zwischen den Parteien hier ab. Im Umkehrschluss aus § 573c IV ergibt sich jedoch, dass § 573c I S. 1 auf Mieterseite dispositiv ist. Entsprechend kann die gesetzliche Frist zugunsten des Mieters abbedungen werden. Sie wurde vorliegend zugunsten des S als Mieter verkürzt. Die vereinbarte Frist ist daher wirksam und für die Rechtzeitigkeit der Erklärung maßgeblich. Die nach Tagen bestimmte Frist endet gem. § 188 I mit dem Ablauf des letzten Tages, d. h. im vorliegenden Fall am 15. Oktober um 24:00 Uhr.

Der 8. Oktober liegt vor Fristende. Die Erklärung am 8. Oktober erfolgte damit fristgerecht.

Im Ergebnis wurde die Kündigungserklärung am 8. Oktober von S formgerecht abgegeben. Sie ging V zwar nicht zu, ihre Rechtzeitigkeit würde bei späterem Zugang jedoch fingiert.

III. Mitteilung am 12. Oktober

Weiterhin könnte die Kündigung durch Einschaltung der N oder Wurf des Schreibens durch den Türspalt am 12. Oktober erklärt worden sein.

1. Abgabe der Willenserklärung

In dem Schreiben liegt wie schon am 8. Oktober eine auf Kündigung des Mietverhältnisses gerichtete Willenserklärung des S vor. Diese wurde, wie oben gezeigt, bereits abgegeben.

2. Zugang der Willenserklärung

Der Zugang des Schreibens könnte durch N als Übermittlungsperson bewirkt, seine Rechtzeitigkeit aufgrund eines Zugangshindernisses fingiert worden sein oder das Schreiben durch Wurf in das Haus zugegangen sein.

a) Zugang durch Einschaltung der N als Übermittlungsperson

N könnte die Erklärung als Empfangsvertreterin, Empfangsbotin oder Erklärungsbotin übermittelt haben.

aa) Empfangsvertreter

Als Empfangsvertreterin müsste N nach § 164 I, III in fremdem Namen mit Vertretungsmacht die Willenserklärung entgegengenommen haben. Diese wäre dann im Zeitpunkt ihrer Kenntnis zugegangen.[48] Allerdings fehlt N mangels der Erlaubnis, Post entgegenzunehmen, grds. schon die nötige Vertretungsmacht. Eine Rechtsscheinvollmacht, hier in Form einer Anscheinsvollmacht, erforderte, dass N regelmäßig Erklärungen entgegennähme, was nicht ersichtlich ist. Zudem müsste der Geschäftsgegner darauf vertrauen dürfen, der Vertretene dulde das Handeln der Vertreterin.[49] Nach der Unterrichtung des S durch N ist letzteres und damit eine Vollmacht kraft Rechtsscheins ebenso ausgeschlossen. *[Schön]* N ist mithin nicht Empfangsvertreterin.

bb) Empfangsbote

Empfangsbotin wäre N grds., wenn sie als zur Entgegennahme der Erklärung geeignet und ermächtigt anzusehen wäre. Die Erklärung wäre dann nach Verstreichen einer

45 *Hermann Dilcher,* Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 155 (1955), 120 (132) m. w. N.

46 BGH, NJW 1952, 1169; BGHZ 137, 205 (209); *Flume* (Fn. 31), S. 238; *Jürgen Ellenberger,* in: Palandt, § 130 Rn. 18.

47 *Looschelders* (Fn. 2), § 23 Rn. 501; *Riecke,* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 18), § 573c Rn. 3.

48 *Brox/Walker* (Fn. 3), AT, § 7 Rn. 151.

49 *Köhler* (Fn. 25), § 11 Rn. 44.

angemessenen Übermittlungsfrist zugegangen[50] oder bereits mit der Kenntnis der Empfangsbotin.[51] *[Nein, Empfangsboten sind menschliche Briefkästen! Entsprechend liegt Zugang erst dann vor, wenn mit einer Kenntnisnahme nach Übermittlung gerechnet werden kann, vgl. Empfangstheorie. Sonst bestünde kein Unterschied zum Empfangsvertreter.]*

Zu den Häuslichkeiten einer Person gehört der Zugang von Erklärungen anderer. Folglich muss jeder, der sich in Abwesenheit des Eigentümers um dessen Haus kümmert, als ermächtigt anzusehen sein, Erklärungen entgegenzunehmen, die diesem gewöhnlich dort zugingen. Zwar wird die Empfangsbotenstellung von Nachbarn im Allgemeinen verneint.[52] Dabei wird jedoch nicht von einer Situation wie hier ausgegangen, in der eine Nachbarin Aufgaben eines Hausangestellten wahrnimmt, der wiederum allgemein als Empfangsbote angesehen wird.[53] Entsprechend ist N grds. Empfangsbotin.

Allerdings kann die Verkehrssitte das Vorliegen einer Empfangsermächtigung nur indizieren. *[Gut]* Während einige lediglich fordern, der Gegenbeweis müsse möglich bleiben,[54] betrachten andere eine Ermächtigung sogar als tatbestandliche Voraussetzung einer Stellung als Empfangsbote.[55] Durch die ausdrückliche Verneinung einer solchen Ermächtigung seitens der N gelingt nach der ersten Ansicht eine solche Widerlegung gegenüber S. Nach der zweiten Ansicht könnte N mit demselben Ergebnis sogar niemals Empfangsbotin sein. Trotz der Indizierung durch die Verkehrsanschauung ist N folglich mangels Botenmacht bei gleichzeitiger Erkennbarkeit dieses Mangels für S nach jeder Ansicht nicht Empfangsbotin.

cc) Erklärungsbote

Erklärungsbotin wäre N, wenn sie seitens des Erklärenden eingeschaltet worden wäre, um eine Erklärung zu überbringen.[56] Dann wäre die Erklärung erst bei Übermittlung an den Adressaten zugegangen. Das Risiko der Nicht- oder Falschübermittlung trüge der Erklärende.[57] Vorliegend möchte S zwar, dass N dem V das Schreiben übergibt, allerdings verweigert diese die Übermittlung. Damit fehlt es bereits im Innenverhältnis am Zustandekommen einer Beauftragung[58] *[vertretbar]* der N durch S. Gleiches gilt aufgrund der ausdrücklichen Übermittlungsverweigerung für das Außenverhältnis.

Folglich ist N auch nicht Erklärungsbotin. Selbst wenn S sie zur Erklärungsbotin bestellt hätte, fiele die Nichtübermittlung i. Ü. in seine Risikosphäre. Sogar wenn in der Nicht- eine auf Rechtsfolgenseite umstrittene Falschübermittlung zu erblicken sein sollte, ginge die Erklärung entweder gar nicht oder nach anderer Auffassung – hier mit demselben Ergebnis – falsch zu.[59]

[Entscheidend: Selbst wenn N Erklärungsbotin gewesen wäre, konnte V mangels Übermittlung keine Kenntnis nehmen, Empfangstheorie.] Durch Einschaltung der N ging das Schreiben dem V folglich nicht zu.

b) Rechtzeitigkeitsfiktion aufgrund eines Zugangshindernisses

Gleichwohl wäre eine Rechtzeitigkeitsfiktion begründet, wenn die Weigerung der N, Post entgegenzunehmen, ein treuwidriges Zugangshindernis darstellte. Dazu müsste die Weigerung der N dem V zurechenbar sein. Bei Mittelspersonen auf Empfängerseite ist dies der Fall, wenn der Empfänger Einfluss auf das Hindernis hat.[60] Hier könnte eine derartige Einflussnahme zwar in der fehlenden Erlaubnis für N, Post entgegenzunehmen, liegen. Das änderte jedoch nichts daran, dass N, wie oben gezeigt, gar keine Mittelsperson, und erst recht nicht aufseiten des V, ist. Damit liegt kein dem V zurechenbares Zugangshindernis vor.

c) Zugang durch Wurf in das Haus des V

Schließlich könnte das Schreiben durch Wurf in das Haus zugegangen sein. Dazu müsste S es durch den Wurf nach der modifizierten Empfangstheorie so in den Machtbereich des Empfängers verbracht haben, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme bei diesem zu rechnen war.[61]

Die Wohnung stellt grds. den Machtbereich des Adressaten dar. Fraglich ist aber, ob die Verbringung der Erklärung in den Wahrnehmungsbereich außerhalb der Empfangseinrichtung für einen Zugang genügt. Nach ganz h. M. ist dies der Fall.[62] Im Übrigen genügt selbst bei anderer Auffassung eine derartige Verbringung ausnahmsweise, wenn eine funktionsfähige Empfangseinrichtung wie hier fehlt.[63] Folglich genügt der Wurf nach jeder Auffassung einer Verbringung in den Machtbereich des Empfängers.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob V die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte, obwohl er sich im Urlaub befand. Seine Urlaubsabwesenheit beeinflusst als außergewöhnlicher Umstand jedoch allenfalls die tatsächliche Kenntnis auf Empfängerseite, nicht aber die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Verhältnissen.[64]

---

50 BGH NJW 1994, 2613 (2614); *Brox/Walker* (Fn. 3), AT, § 7 Rn. 152; *Dagmar Coester-Waltjen,* Einige Probleme des Wirksamwerdens empfangsbedürftiger Willenserklärungen, JURA 1992, 441 (442).

51 *Larenz/Wolf* (Fn. 17), § 46 Rn. 45; *Medicus* (Fn. 17), § 22 Rn. 285.

52 *Schmidt* (Fn. 39), S. 85.

53 *Ahrens,* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 18), § 130 Rn. 17.

54 *Köhler* (Fn. 25), § 6 Rn. 16.

55 *Coester-Waltjen* (Fn. 50), JURA 1992, 441 (441 f.); *Brigitte Frensch,* in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 164 Rn. 19.

56 *Rüthers/Stadler* (Fn. 8), § 17 Rn. 52.

57 *Medicus* (Fn. 17), § 22 Rn. 284.

58 Als unvollkommen zweiseitiger Vertrag erfordert der Auftrag eine korrespondierende Willenserklärung des Beauftragten, siehe *Oliver Fehrenbacher,* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 18), § 662 Rn. 3.

59 Zur Falschübermittlung durch Boten *Coester-Waltjen* (Fn. 50), JURA 1992, 441 (442) m. w. N.

60 BAG, NJW 1993, 1093 (1094 f.); ähnlich *Haas* (Fn. 13), JA 1997, 116 (123).

61 Statt vieler BGH NJW 2004, 1320 (1320).

62 Siehe nur *Bork* (Fn. 11), § 16 Rn. 622; *Flume* (Fn. 31), S. 234; *Larenz/Wolf* (Fn. 17), § 26 Rn. 19 f. *[Der Nachweis einer sog. h. M. setzt weit mehr Belege, insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraus.]*

63 *Singer/Benedict,* in: Staudinger (Fn. 26), § 130 Rn. 64.

64 *Ellenberger,* in: Palandt, § 130 Rn. 5; *Haas* (Fn. 13), JA 1997, 116 (119 f.).

Die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand daher im vorliegenden Fall.

Ferner ist problematisch, ob unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen war. Dem könnte die „Beförderung" des Schreibens durch N in den Garten entgegenstehen. Zunächst stellt das Entfernen einer Erklärung durch Dritte aus dem Machtbereich des Empfängers einen außergewöhnlichen Umstand dar, mit dem der Erklärende grds. nicht zu rechnen hat. Damit wäre der Zugang im Grundsatz zu bejahen.

Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn der Erklärende das später eintretende Hindernis kennt.[65] Es wäre treuwidrig, wenn der Erklärende sich auf die gewöhnliche Kenntnisnahmemöglichkeit berufen könnte, obwohl er einen außergewöhnlichen Umstand kennt, der die tatsächliche Kenntnisnahme als Idealziel ausschließt. *[Genau]* Umgekehrt ist es schließlich auch dem Empfänger verwehrt, sich darauf zu berufen, dass normalerweise nicht mit dem Zugang bei ihm zu rechnen gewesen sei, wenn er tatsächlich Kenntnis genommen hat.[66] Zudem ist Wesenselement des Zugangs als Risikoübergang, dass jeder Beteiligte die Zugangsgefahr soweit trägt, wie seine Macht zu ihrer Bekämpfung reicht.[67] Zugang kann daher nur eintreten, wenn der Erklärende neu auftretende Gefahren nicht mehr kennt und nicht mehr verhindern kann. Entsprechend hat der Wurf hier aufgrund der Kenntnis des S den Zugang nicht bewirkt. Die Erklärung ist damit nicht zugegangen.

3. Zwischenergebnis

Am 12. Oktober hat S die Kündigung nicht wirksam erklärt.

IV. Mitteilung am 16. Oktober

Schließlich könnte die Kündigung am 16. Oktober erklärt worden sein.

1. Abgabe der Willenserklärung

In dem Kündigungsschreiben liegt nach dem oben Ausgeführten eine Willenserklärung des S vor. Mit der Aufgabe zur Post hat S die Erklärung am 16. Oktober in Richtung des V in Bewegung gesetzt. Somit kommt es nicht mehr darauf an, ob auch hier von einem einheitlichen Lebenssachverhalt bzgl. der übrigen Erklärungen auszugehen ist. Mithin wurde die Erklärung abgegeben.

2. Zugang der Willenserklärung

Sodann müsste die Erklärung zugegangen sein. Durch den Einwurf in den Hausbriefkasten gelangte sie in den Machtbereich des V. Ebenso bestand die Kenntnisnahmemöglichkeit. Weiterhin müsste unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen sein. Bei Briefen ist dies der Fall, sobald mit der Entnahme zu rechnen ist, wobei umstritten ist, wann genau dieser Zeitpunkt eintritt.[68] Der Sachverhalt enthält auch keine näheren Angaben zur Uhrzeit der Entnahme. Zu beachten ist jedoch, dass die Erklärung spätestens mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zugeht.[69] Die Erklärung ist damit jedenfalls am 17. Oktober zu der Zeit, als V das Schreiben las, zugegangen.

3. Frist- und formgerechter Zugang

Schließlich müsste die Kündigungserklärung innerhalb der Frist zugegangen sein. Wie bereits ermittelt, fällt das Fristende auf den 15. Oktober um 24:00 Uhr. Der Zugang am 17. Oktober erfolgte damit erst nach Fristablauf.

Allerdings gelangt nun die am 8. Oktober begründete Rechtzeitigkeitsfiktion zu Bedeutung. Die verspätet zugegangene Erklärung des S muss V damit als fristgerecht zugegangen gegen sich gelten lassen. *[Im Ergebnis richtig. Zum Aufbau siehe oben. Die Voraussetzungen einer Fiktion konnten sinnvoll erst nach allen Kündigungsversuchen geprüft werden.]* Die Form wiederum wurde durch das Schreiben wie schon am 8. und 12. Oktober gewahrt.

4. Zwischenergebnis

Auch wenn die Kündigungserklärung vom 16. Oktober nicht mehr fristgerecht zugegangen ist, wird sie behandelt, als sei sie innerhalb der Frist zugegangen. Sie wirkt somit bereits zum 31. Oktober.

C. Ergebnis

S steht ein Kündigungsrecht aus § 542 I zu. Weiterhin erklärte er die Kündigung form- und fristgerecht. Entsprechend hat die Kündigung das Mietverhältnis zum 31. Oktober beendet.

[Es werden sämtliche durch den Sachverhalt aufgeworfenen Probleme behandelt und vertretbar gelöst. Die Arbeit erfüllt ferner alle Anforderungen einer wissenschaftlichen Hausarbeit und zeichnet sich durch einen hervorragenden Gutachtenstil aus. Neben ein paar kleineren Fehlern und Ungenauigkeiten führte lediglich der nicht ganz konsequente Prüfungsaufbau der Zugangsfiktion zu einem relevanten Punktabzug.]

65 *Schmidt* (Fn. 39), S. 81; andeutend *Singer/Benedict,* in: Staudinger (Fn. 26), § 130 Rn. 69.

66 *Ralph Weber,* Der problematische Zugang von Einschreibesendungen, JA 1998, 593 (599).

67 *Dilcher* (Fn. 45), AcP 155 (1955), 120 (124 f.).

68 *Ellenberger,* in: Palandt, § 130 Rn. 6 m. w. N.

69 *Uwe John,* Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 (1984), 385 (410).