

## **FRISTSETZUNG MIT KÜNDIGUNGSANDROHUNG**

*OLG Hamm, Urteil vom 11.1.2005 — Aktenzeichen: 24 U 61/04*

### **Zum Fall**

Der Kläger beauftragte den beklagten Maler mit Wärmedämmarbeiten. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B. Die durchgeführten Arbeiten waren unstreitig mangelhaft. Mit diversen anwaltlichen Schreiben wurde der Beklagte unter Fristsetzung und unter Androhung der Auftragsentziehung zur Mangelbeseitigung aufgefordert. Der Beklagte reagierte zunächst nicht. So setzte der Kläger mit Schreiben vom 14.8.2003 ein letzte Nachfrist bis zum 10.9.2003. Die Kündigung wurde angedroht. Die Nachfrist verstrich.

Im Rahmen eines Ortstermins verständigten sich die Parteien einige Tage später auf eine Durchführung der Nachbesserung unter Aufsicht eines Privatsachverständigen. Gleichwohl entzog der Kläger dem Beklagten kurze Zeit später unter Hinweis auf die bereits verstrichene Nachfrist den Auftrag, ließ die Mängel durch ein Drittunternehmen vornehmen und verlangte mit der Klage die Ersatzvornahmekosten vom Beklagten ersetzt.

### **Die Entscheidung**

Erst in der Berufungsinstanz wurde die Klage abgewiesen. Der 24. Zivilsenat des OLG Hamm entschied, dass der Kläger nicht berechtigt war, den Auftrag zu entziehen, nachdem er sich auf den Beklagten wieder eingelassen habe.

Anerkanntermaßen sei eine Auftragsentziehung (Kündigung) nicht mehr möglich, wenn der Auftraggeber sich zwischen Setzung der Nachfrist und der Kündigungserklärung in einer Weise mit dem Auftraggeber eingelassen habe, aus der bei objektiver Betrachtung nicht mehr auf einen ernsthaften Kündigungswillen geschlossen werden könne; in einem solchen Fall setze die Kündigung eine erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung voraus.

Davon sei hier auszugehen, nachdem die Parteien eine (gemeinsame) Nachbesserung unter Aufsicht eines Privatsachverständigen abgestimmt hätten. Dadurch sei objektiv gesehen der Eindruck erweckt worden, als sei die angedrohte Kündigung nach § 8 Nr. 3, 4, Nr. 7 VOB/B hinfällig geworden.

Die Auftragsentziehung aus wichtigem Grund wäre nach alledem nur nach Setzung einer neuen Nachfrist mit Kündigungsandrohung möglich gewesen. Da eine solche Nachfrist nicht gesetzt worden sei, sei die Klage auf Zahlung der

Ersatzvornahmekosten unbegründet.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)