
Datum: 31.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 36/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0731.21U36.11.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 149/09

Tenor:

Das Versäumnisurteil vom 06.12.2011 wird aufgehoben, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz aus dem Betrag von 5.769,23 € für die Zeit vom 11.05.2009 bis zum 19.06.2009 zu zahlen.

Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Die Beklagte hat die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe	1
I.	2
Gemäß § 540 Abs.1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.	3

Die Klägerin begehrt mit der Klage restlichen Werklohn für Natursteinarbeiten.	4
Die Beklagte erstellte als Generalunternehmerin im Auftrage des Zeugen C im Jahre 2008 fünf Eigentumswohnungen in W, E-Straße.	5
Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Durchführung der anfallenden Natursteinarbeiten. Die Parteien schlossen unter dem 11.08.2008/13.08.2008 einen entsprechenden Werkvertrag (Bl. 13 – 20 d.A.), wobei die Geltung der VOB/B vereinbart wurde. In dem Werkvertrag wird auf das Leistungsverzeichnis vom 01.07.2008 Bezug genommen (Bl. 34 – 47 d.A.). In Ziffer 1.1 des Werkvertrages ist geregelt, dass eine alternative Ausführung einzelner Positionen nur mit Zustimmung des Auftraggebers und des Bauherrn möglich ist, solange die angestrebte Lösung als technisch und qualitativ gleichwertig einzustufen ist.	6
Gem. Ziffer 1.1.35 der Baubeschreibung (Bl. 45 d.A.) sollten die Balkonplatten auf Stelzlager und Drainagematte verlegt werden.	7
Die Klägerin legte abweichend vom Leistungsverzeichnis die Balkonplatten auf Mörtelsäckchen auf. Ob dies mit Zustimmung des Architekten D und des Bauherrn C geschah, ist zwischen den Parteien streitig.	8
Im Bereich des Dachgeschosses fand die Klägerin zu den zwei Fenstern im Bereich der Dachgauben einen vom Ausführungsplan abweichenden Unterbau des Trockenbauers vor. Der Unterbau war zu hoch. Ohne Abänderung des Unterbaus oder Erteilung eines Warnhinweises an die Beklagte montierte die Klägerin die Fensterbänke auf diesem Unterbau. Dies hatte zur Folge, dass die Fenster mit den Unterkanten auf den Fensterbänken auflagen und sich die Fenster nur eingeschränkt in die Kippstellung bringen ließen. Die Beklagte forderte die Klägerin erfolglos zur Nachbesserung auf.	9
Mit Abschlagsrechnung vom 16.04.2009 forderte die Klägerin von der Beklagten Zahlung von 5.769,23 € netto. Mit anwaltlichem Schreiben vom 29.05.2009 mahnte die Klägerin die Zahlung an (Bl. 23 d.A.). Im Zuge des Prozesses erstellte die Klägerin unter dem 11.11.2009 die Schlussrechnung (Bl. 67 – 68 d.A.) über 18.768,38 € und verlangte unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen einen Restwerklohn in Höhe von 8.054,82 €.	10
Der Bauherr C zahlte den mit der Beklagten vereinbarten Werklohn vollständig und verzichtete auf eine Nachbesserung an den Fensterbänken (Bl. 192 d.A.).	11
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass der Restwerklohnanspruch begründet sei. Der Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln zu.	12
Die Verlegung der Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen stelle keinen Mangel dar. Die Ausführungsart sei vielmehr in Abstimmung mit dem Architekten und dem Bauherrn geändert worden.	13
Die Arbeiten der Klägerin seien auch nicht mangelhaft, soweit es die Verlegung der Fensterbänke im Bereich der Dachgauben betreffe. Für den vom Trockenbauer erstellten Unterbau sei die Klägerin nicht verantwortlich. Die Klägerin sei bereit, die Fensterbänke noch einmal neu zu verlegen, wenn die Beklagte den Unterbau korrigieren lasse.	14
Im Übrigen sei die Beklagte verpflichtet, die vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu ersetzen.	15

Die Klägerin hat beantragt,	16
die Beklagte zu verurteilen, an sie 8.054,82 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.769,23 € seit dem 11.05.2009 und aus weiteren 2.285,59 € seit Klagezustellung sowie 459,40 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2009 zu zahlen.	17
Die Beklagte hat beantragt,	18
die Klage abzuweisen.	19
Da die Klägerin trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur mündlichen Verhandlung vom 11.01.2010 erschienen ist, hat das Landgericht auf Antrag der Beklagten ein klageabweisendes Versäumnisurteil erlassen (Bl. 81 d.A.).	20
Gegen dieses Versäumnisurteil hat die Klägerin fristgemäß Einspruch eingelegt.	21
Die Klägerin hat beantragt,	22
Das Versäumnisurteil vom 11.01.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an sie 8.054,82 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.769,23 € seit dem 11.05.2009 und aus weiteren 2.285,59 € seit Klagezustellung sowie 459,40 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2009 zu zahlen.	23
Die Beklagte hat beantragt,	24
das Versäumnisurteil vom 11.01.2010 mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass die Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zu erfolgen hat.	25
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass ihr ein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Die Werkleistung der Klägerin sei mangelhaft. Die Fensterbänke im Bereich der Dachgauben seien zu hoch verlegt worden, dies habe die Klägerin zu verantworten. Zudem habe die Klägerin vertragswidrig die Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen verlegt. Dies stellte keine den anerkannten Regeln entsprechende Ausführungsart dar. Die von Vertrag abweichende Ausführungsart sei auch nicht vereinbart worden. Im Übrigen wackelten die Terrassenplatten.	26
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen D, C und F sowie durch Einholen eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. A. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 28.06.2010 (Bl. 117 ff. d.A.) und auf das Gutachten vom 27.10.2010 verwiesen.	27
Das Landgericht hat durch Urteil vom 05.01.2011 das Versäumnisurteil vom 11.10.2010 mit der Maßgabe aufgehoben, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 8.054,82 € Zug um Zug gegen die Neuverlegung der Innenfensterbänke nach Korrektur der Unterkonstruktion durch die Beklagte.	28
Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Beklagten wegen der Terrassenplattenverlegung kein Zurückbehaltungsrecht zustehe, weil nach den Aussagen der Zeugen D und C feststehe, dass der Mangel der wackelnden Platten beseitigt worden sei. Nach dem Gutachten des Sachverständigen A entspreche die Verlegung auf Mörtelsäckchen den anerkannten Regeln der Technik. Zudem habe der Zeuge C der abweichenden Ausführung zugestimmt. Er habe die Leistungen insoweit auch vollständig bezahlt, so dass	29

der Beklagten kein Schaden entstanden sei. Gewährleistungsansprüche des Zeugen C sei die Beklagte so nicht mehr ausgesetzt.

Ein Zurückbehaltungsrecht stehe der Beklagten jedoch wegen der Fensterbankverlegung zu. 30
Insoweit habe die Klägerin den notwendigen Bedenkenhinweis nicht erteilt. Die Vorleistungen zur Nachbesserung müsse jedoch die Beklagte erbringen. Soweit die Klägerin die Beklagte zunächst in Annahmeverzug versetzt habe, ist dieser Annahmeverzug dadurch beendet worden, dass sie sich nun doch bereit erklärt habe, die Nachbesserung wieder zuzulassen. Ein neuer Annahmeverzug sei nicht begründet worden.

Wegen des Zurückbehaltungsrechts bestehe kein Zahlungsverzug, so dass Zinsen und 31
Rechtsanwaltskosten nicht geschuldet seien.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Parteien mit ihren wechselseitig eingelegten 32
Berufungen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht die Verlegung der 33
Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen als fachgerecht und mit dem Bauherrn C vereinbart angesehen hat.

Die Klägerin ist jedoch der Auffassung, dass ihre Leistung auch in Bezug auf die 34
Fensterbänke nicht mangelhaft sei und der Beklagten so kein Zurückbehaltungsrecht zustehe.

Die Klägerin behauptet, dass der Zeuge C keine nachträgliche Veränderung mehr wünsche 35
und dieser gegenüber der Beklagten alle Zahlungen vollständig erbracht habe. Es bestehe auch bereits deshalb kein Zurückbehaltungsrecht, weil sich die Beklagte entgegen der Auffassung des Landgerichts in Annahmeverzug befinde. Die Beklagte habe nämlich die von ihr vorzunehmenden Vorleistungen weder erbracht noch angeboten. Die Klägerin habe die Beklagte auch dazu aufgefordert, die Unterkonstruktion zu ändern.

Rein vorsorglich sei die Beklagte mit Schreiben vom 06.01.2011 noch einmal aufgefordert 36
worden, bis zum 21.01.2001 mitzuteilen, ob die Neuverlegung der Fensterbänke noch erfolgen soll. Zugleich sei die Beklagte aufgefordert worden, die fachgerechte Korrektur der Unterkonstruktion bis zum 28.01.2011 durchzuführen (Bl.193 d.A.). Die Beklagte habe nicht darauf reagiert. Der Bauherr C wünsche keine Nachbesserung mehr (Bl. 192 d.A.).

Das Landgericht habe den Druckzuschlag auch falsch berechnet. Die Nachbesserung der 37
Fensterbänke würde lediglich Materialkosten in Höhe von 100 € verursachen.

Die Beklagte schulde auch Verzugszinsen und die Erstattung der außergerichtlichen 38
Rechtsanwaltskosten.

Die Klägerin hat beantragt, 39

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen vom 05.01.2011 – Az. 44 O 40
149/09 – die Beklagte zu verurteilen, über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 8.054,82 € Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.769,23 € seit dem 11.05.2009 und aus weiteren 2.285,59 € seit Klagezustellung sowie 459,40 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2009 zu zahlen

und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 41

Auf Antrag des Klägers ist am 06.12.2011 ein Versäumnisurteil erlassen worden, mit dem das Versäumnisurteil des Landgerichts Essen vom 11.01.2010 aufgehoben und die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 8.054,82 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.769,23 € seit dem 11.05.2009 und aus 2.285,59 € seit dem 07.01.2011 sowie weitere 459,40 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu zahlen. Außerdem ist die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden.	42
Gegen dieses Versäumnisurteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.12.2011 Einspruch eingelegt und begründet.	43
Die Beklagte beanstandet, dass das Landgericht die Verlegung der Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen als fachgerecht angesehen hat.	44
Es sei dabei nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass das Fehlen der Drainagematten dazu führe, dass sich auf der Dachhaut Feuchtigkeit ansammle und dann schadenträchtig in die Mörtelsäckchen eindringen könne. Diese könnten dann bei Frost platzen. Die Feuchtigkeit könne mangels Drainagematte auch die Balkonplatten selbst eindringen, was zu Verfärbungen und Rissbildungen führen könne. Durch die Mörtelsäckchen werde – anders als bei Stelzlager – keine gleichmäßige Lastverteilung erreicht. Es könne daher wegen ungleichmäßigen Drucks in Teilbereichen zur Überlastung der Dachhaut und zu Rissbildungen in der Dachhaut kommen. Durch diese Risse könne Feuchtigkeit eindringen.	45
Die Beklagte beanstandet insoweit die Ausführungen des Sachverständigen A. Die Verlegung auf Mörtelsäckchen sei auch 2008 nicht mehr Stand der Technik gewesen.	46
Es bestehe insoweit auch die Möglichkeit, dass die Beklagte noch vom Bauherrn in Anspruch genommen werde.	47
Die Beklagte rügt weiter, dass das Landgericht festgestellt habe, dass die Beklagte verpflichtet sei, die Vorarbeiten für die Neuverlegung der Fensterbänke zu veranlassen. Immerhin habe die Beklagte noch während der Bauausführung die Klägerin auf das Problem hingewiesen. Die Klägerin habe dies unbeachtet gelassen. Die Nachbesserung der Unterkonstruktion wäre im Übrigen jetzt nur noch mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand möglich und könne damit nicht der Beklagten angelastet werden.	48
Die Beklagte beantragt,	49
das Versäumnisurteil vom 06.12.2011 aufzuheben und die	50
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen	51
sowie unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit die Klägerin mehr begehrt als die Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Essen vom 11.01.2010 mit der Maßgabe, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 8.054,82 € Zug um Zug gegen Durchführung der nachfolgenden Nachbesserungsarbeiten im Bauvorhaben E-Straße in W zu zahlen:	52
? Verlegung der Terrassenplatten der Loggia auf Stelzlager mit Drainagematten nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses zu Ziff. 1.1.35	53
? Neuverlegung der Innenfensterbänke im Bereich der Dachgauben in der durch die Ausführungsplanung vorgegebenen Montagehöhe.	54

Die Klägerin beantragt,	
den Einspruch der Beklagten zurückzuweisen.	56
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. A sowie durch Vernehmung des Zeugen C und die informatorische Anhörung des Zeugen F.	57
Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll und den Berichterstattevermerk vom 24.04.2012 verwiesen.	58
II.	59
Der rechtzeitig eingelegt Einspruch der Beklagten ist überwiegend unbegründet.	60
Die Berufung der Klägerin ist überwiegend begründet, die Berufung der Beklagten ist unbegründet.	61
1.	62
Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 S.1 VOB/B a.F. in Höhe von 8.054,82 €.	63
Der der Höhe nach unstreitige Restwerklohnanspruch ist fällig, nachdem die Klägerin die Schlussrechnung erstellt und eine Abnahme durch Ingebrauchnahme stattgefunden hat.	64
Es werden von der Beklagten insoweit auch keine Einwendungen gegen die Fälligkeit erhoben.	65
Diesem fälligen Anspruch kann die Beklagte auch kein Leistungsverweigerungsrecht entgegen halten, das zu der von der Beklagten angestrebten Zug- um-Zug-Verurteilen führen würde (§§ 320, 322 BGB).	66
Ein Leistungsverweigerungsrecht bestünde nur dann, wenn die Beklagte wegen Mängeln an dem Werk die Nacherfüllung verlangen könnte.	67
Solche Nacherfüllungsansprüche stehen der Beklagten jedoch weder wegen der auf Mörtelsäckchen verlegten Terrassenplatten noch wegen der zu hoch angebrachten Fensterbänke zu.	68
a)	69
Unstreitig liegt hier ein Mangel vor, weil die Fensterbänke zu hoch angebracht wurden. Dadurch lassen sich die Fenster nur eingeschränkt kippen.	70
Dieser Mangel beruht auf der nicht fachgerecht ausgeführten Vorleistung des Trockenbauers.	71
Die Klägerin haftet hier grundsätzlich für die mangelhafte Vorleistung des Trockenbauers, weil sie die ihr nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Prüfungs- und Hinweispflicht verletzt hat.	72
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH BauR 2008, 344 m.w.N.) ist ein Unternehmer nur dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs-	73

und Hinweispflicht erfüllt hat. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht trägt der Unternehmer.

Die Klägerin ist insoweit ihrer Darlegungs- und Beweispflicht nicht nachgekommen. Sie hat 74
erstmalig in zweiter Instanz pauschal behauptet, während der Bauausführung auf das
Problem hingewiesen zu haben. Dies ist nicht ausreichend substantiiert. Da die Hinweispflicht
der Klägerin bereits in erster Instanz Gegenstand der Erörterungen war, wäre weiterer
Vortrag der Klägerin dazu als verspätet zu werten.

Der Beklagten stünde damit grundsätzlich ein Nachbesserungsrecht gegenüber der Klägerin 75
zu.

Jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass der Bauherr C seinerseits auf eine Nachbesserung 76
der Fensterbänke ausdrücklich verzichtet hat. Diesen Verzicht hat er zum einen unter dem
15.02.2011 schriftlich erklärt (Bl. 192 d.A.). Zum anderen hat er auch bei seiner Vernehmung
als Zeuge vor dem Senat noch einmal bestätigt, dass er keine Nachbesserung der
Fensterbänke wünsche und er dies auch nicht mehr gegenüber dem Beklagten beanstanden
werde. Er habe den Zustand akzeptiert und habe auch den vollen Werklohn an die Beklagte
bezahlt.

Danach steht fest, dass der Bauherr endgültig auf etwaige Nachbesserungs- und 77
Gewährleistungsrechte wegen der nicht fachgerecht angebrachten Fensterbänke gegenüber
der Beklagten verzichtet hat.

Steht jedoch wie hier fest, dass im Rahmen einer Leistungskette der Bauherr gegenüber dem 78
Generalunternehmer einen Mangel nicht mehr geltend machen kann, dann ist der
Generalunternehmer gehindert, den Mangel einwand gegenüber seinem Nachunternehmer zu
erheben.

Der BGH hat dies unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung behandelt (BGH BauR 79
2007, 1564; BauR 2011, 683):

*„In einer Fallkonstellation, wie sie hier gegeben ist (Anm: Lieferant – Nachunternehmer – 80
Generalunternehmer - Bauherr), kann der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung
herangezogen werden, wenn feststeht, dass derjenige, der Schadensersatz wegen eines
Mangels gegen seinen nachgeschalteten Vertragspartner geltend macht, seinerseits nicht
mehr wegen dieses Mangels von einem vorgeschalteten Vertragspartner in Anspruch
genommen werden kann. Wirtschaftlich betrachtet ist der Nachunternehmer lediglich
Zwischenstation innerhalb der werkvertraglichen Leistungskette vom Werklieferanten über
den Nachunternehmer und den Generalunternehmer zum Bauherrn. Der Nachunternehmer
erbringt seine Leistung regelmäßig am Bauvorhaben des Bauherrn. Diesem kommt im
wirtschaftlichen Ergebnis die Leistung zugute, er ist von dem Mangel des Werks des
Lieferanten betroffen. Der Nachunternehmer dagegen wird mit der Mangelfrage nur wegen
der besonderen durch die Leistungskette gekennzeichneten Vertragsgestaltung befasst, da
zwischen dem Lieferanten und dem Bauherrn keine vertraglichen Beziehungen bestehen.
Auch im Gewährleistungsfall ist der Nachunternehmer nur Zwischenstation. Die finanzielle
Einbuße, die er durch den vom Lieferanten verursachten Mangel erleidet, richtet sich
wirtschaftlich gesehen danach, in welchem Umfang er vom Generalunternehmer oder
Bauherrn in Anspruch genommen wird. Erlangt er dabei durch den ihm zustehenden
Schadensersatzanspruch einen Vorteil, weil trotz Mängeln am Werk Generalunternehmer und
Bauherr endgültig keine Ansprüche gegen ihn erheben können, erscheint es nach Treu und
Glauben angemessen, den Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung heranzuziehen und zu*

überprüfen, ob er diesen Vorteil an den Lieferanten weitergeben muss. Wie diese Frage im Einzelfall zu entscheiden ist, muss anhand einer Wertung beurteilt werden, die sich an den auch im Übrigen maßgeblichen Zurechnungskriterien der Vorteilsausgleichung ausrichtet.“

Vor diesem Hintergrund steht der Beklagten wegen der zu hoch angebrachten Fensterbänke kein Nachbesserungsrecht mehr zu. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung scheidet so aus. 81

b) 82

Soweit die Parteien darüber streiten, ob die Verlegung der Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen überhaupt eine zulässige Änderung der vertraglich vereinbarten Leistung war und ob diese Ausführungsart technisch und qualitativ gleichwertig mit der ausgeschriebenen Verlegung auf Stelzlagnern war, so kann dies hier dahin gestellt bleiben. 83

Denn ein Nachbesserungsrecht der Beklagten, das zu der von der Beklagten angestrebten Zug-um-Zug-Verurteilung führen würde, besteht auch wegen der Verlegung der Terrassenplatten auf Mörtelsäckchen statt auf Stelzlagnern nicht. 84

Zwar hat der Zeuge C bezüglich der Terrassenplatten noch nicht endgültig auf sämtliche Gewährleistungsansprüche gegenüber der Beklagten verzichtet. Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze über die Vorteilsausgleichung im Rahmen einer Leistungskette können so keine Anwendung finden. 85

Dennoch kann die Beklagte sich hier nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängel berufen. 86

Der Zeuge C hat nämlich bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht und dem Senat glaubhaft ausgeführt, dass er sich mit der Verlegung auf Mörtelsäckchen gegenüber der Klägerin einverstanden erklärt habe und dass er die Art der Ausführung nicht beanstande. Auch insoweit habe der den Werklohn vollständig an die Beklagte gezahlt. Eine Nachbesserung wünsche er zur Zeit nicht. Sollten jedoch Schäden an den Platten auftreten, so würde er die Beklagte bitten, die Schäden zu beseitigen. 87

Da der Zeuge C zum jetzigen Zeitpunkt jedoch keine Nachbesserung in Form der Verlegung der Terrassenplatten auf Stelzlagnern wünscht und insbesondere gegen die Ausführung mit Mörtelsäckchen keine Einwendungen erhebt, wäre eine Nachbesserung durch Klägerin wegen des fehlenden Einverständnisses des Bauherrn zur Zeit tatsächlich unmöglich. 88

Ein zur Zeit unmöglicher und damit nicht durchsetzbarer Nachbesserungsanspruch berechtigt die Beklagte nicht, die Zahlung der fälligen Werklohnforderung zu verweigern. Denn ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB besteht nur dann, wenn die Gegenleistung vollwirksam und fällig ist (Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 320 Rdn. 5). 89

2. 90

Der Einspruch hat lediglich hinsichtlich des Zinsbeginns Erfolg. 91

Soweit die Klägerin Zinsen für die Abschlagsforderung in Höhe von 5.759,23 € begehrt, ist zu berücksichtigen, dass gem. § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B a.F. die Pflicht zur Verzinsung erst nach Ablauf einer gesetzten Nachfrist besteht. 92

Die Nachfrist wurde hier mit Schreiben vom 29.05.2009 zum 19.06.2009 gesetzt, so dass die Beklagte Zinsen erst ab dem 20.06.2009 schuldet. 93

III.	94
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 709 Nr. 10, 711 ZPO.	95
Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	96
