

## **Die Mietzinszahlungsverpflichtung des Auftraggebers beim nicht aufgestellten Gerüst**

*von den RAen FAen Bau- und Architektenrecht Dr. Martin Ryl und Thomas Deeg*

Das Baugerüst ist nahezu bei jedem Bauvorhaben von essentieller Bedeutung. Ohne das Gerüst sind weder Maurer-, Verputz-, Maler- oder andere Fassadenarbeiten vorstellbar. Neben der praktischen Bedeutung des reinen Gerüstbauvertrags ist auch dessen rechtliche Einordnung von einschneidender Relevanz. Dieser Aufsatz beschäftigt sich gezielt mit der davon abhängigen Fragestellung, ob der mit einem selbständigen Gerüstbauvertrag beauftragte Unternehmer vom Auftraggeber auch dann den vereinbarten Mietzins bzw. die Vorhaltekosten verlangen kann, wenn er das Gerüst wegen in der Sphäre des Auftraggebers liegenden Gründen noch nicht aufgestellt hat.

### **1. Rechtliche Einordnung des Gerüstbauvertrags**

Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst die zwei Arten, wie Gerüstbauleistungen in Erscheinung treten, zu definieren. Differenziert wird insoweit zwischen dem selbständigen und unselbständigen Gerüstbauvertrag.<sup>1</sup> Bei einem unselbständigen Gerüstbauvertrag erbringt der Unternehmer nicht ausschließlich Gerüstbauarbeiten, sondern üblicherweise auch weitere Bauleistungen, für die die Gestellung eines Gerüsts unabkömmlich ist. Bei einem solchen Vertrag ist die Vorhaltung des Gerüsts also eine notwendige Nebenleistung.

---

<sup>1</sup> Schmidt NJW-Spezial 2011, 236 (236).

Ein selbständiger Gerüstbauvertrag liegt vor, wenn der Unternehmer ausschließlich für das Gerüst zuständig ist, er also vom Auftraggeber mit der Erstellung, der Vorhaltung, dem Um- und dem Abbau des Gerüsts beauftragt ist.<sup>2</sup> Bei diesem stellt sich die hier untersuchte Frage, ob der Auftraggeber zur Zahlung der Vorhaltekosten auch dann verpflichtet ist, wenn das Gerüst noch gar nicht aufgestellt ist, beispielsweise weil der Gerüstbauer wegen noch andauernden Maurerarbeiten nicht zu den vertraglichen vereinbarten Terminen beginnen kann.

Der selbstständige Gerüstbauvertrag enthält sowohl werkvertragliche (Auf-, Um- und Abbau), als auch mietvertragliche (Gebrauchsüberlassung/Vorhaltung) Elemente, was eine trennscharfe rechtliche Einordnung schwierig macht. Auch die hierzu ergangene Rechtsprechung ist uneinheitlich,<sup>3</sup> wobei der BGH mit Beschluss vom 09.01.2014 eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Hamm vom 19.03.2012 zurückwies.<sup>4</sup> Ein Blick auf das vom BGH bestätigte Urteil des OLG Hamm zeigt, dass das OLG darin die Rechtsvorschriften des Mietvertragsrechts auf einen Gerüstbauvertrag anwandte.<sup>5</sup> Zumindest was die Vorhaltung des Gerüsts anbelangt ist diese Annahme nach der hier vertretenen Auffassung richtig und nach dem vorstehend genannten Beschluss des BGH vom 09.01.2014 auch nicht mehr zu bezweifeln. Denn die Vorhaltung selbst stellt keine auf das Bauwerk bezogene Leistung dar. Es fehlt an der für den Werkvertrag typischen Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges. Die Leistung des Gerüstbauers im Rahmen der Vorhaltung erschöpft sich vielmehr in der bloßen Gebrauchsüberlassung, die aber mietvertraglicher und nicht werkvertraglicher

---

<sup>2</sup> Ebenda.

<sup>3</sup> Während das OLG Köln (IBR 2001, 62) den Gerüstbauvertrag in Gänze als Werkvertrag qualifiziert, tendieren neuere Entscheidungen der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung eher zu einer Zuordnung des Gerüstbauvertrages zum Mietvertragsrecht, vgl. z.B.: OLG Celle, IBR 2007, 298; OLG Hamm, IBR 2014, 197.

<sup>4</sup> OLG Hamm, IBR 2014, 197; BGH, Beschluss v. 09.01.2014, VII ZR 138/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

<sup>5</sup> OLG Hamm, IBR 2014, 197.

Natur ist.<sup>6</sup> Darüber hinaus bildet die Vorhaltung des Gerüsts und nicht der Auf- bzw. Abbau in aller Regel den Schwerpunkt der Leistung des Gerüstbauers. Auf- und Abbau sind lediglich notwendige Folge im Hinblick auf die Abwicklung des Vertragsverhältnisses, stehen aber nicht im Mittelpunkt der Leistung.<sup>7</sup> Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung jedenfalls die Vorhaltung eines Gerüsts nach Mietvertragsrecht zu beurteilen ist.<sup>8</sup>

## **2. Mietvertragliche Vergütung für die Gebrauchsmöglichkeit**

Im Gerüstbauvertrag sind regelmäßig Einzelfristen für die Vorhaltung des Gerüsts vereinbart, z.B. für verschiedene Bauabschnitte. Der Gerüstbauer schuldet also ab den jeweiligen Zeitpunkten die Gebrauchsmöglichkeit eines funktionstüchtigen Gerüsts. Entsprechend dem soeben Gesagten, ist auf diese Gebrauchsüberlassung Mietvertragsrecht anzuwenden.

Einschlägig ist insoweit § 537 Abs. 1 BGB. Danach wird der Mieter - also der Auftraggeber (Bauherr) - von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird.

Bei § 537 Abs. 1 S. 1 BGB handelt es sich um eine sog. Gefahrtragungsregel.<sup>9</sup> Alle Gründe, die den Mieter an der Ausübung des Gebrauchs hindern und seinem Risikobereich zuzuordnen sind, gehen zu seinen Lasten. Aus diesem Umstand folgt, dass es ohne rechtliche Bedeutung ist, ob schon die Übergabe des Mietobjekts - also des Gerüsts - scheitert oder ob es erst während des

---

<sup>6</sup> Ähnlich: LG München, IBR 2016, 397, allerdings betreffend die Vorhaltung eines „Berliner Verbaus“.

<sup>7</sup> So auch: OLG Hamm, IBR 2014, 197; OLG Düsseldorf, BauR 2010, 467.

<sup>8</sup> Das LG Dessau-Roßlau sieht den Gerüstbauvertrag sogar insgesamt als Mietvertrag an, weil nach dessen Ansicht das den Vertragstyp kennzeichnende Schwergewicht auf der entgeltlichen Nutzungsüberlassung des Gerüsts liege, Urteil v. 22.7.2009, Az. 3 O 22/09.

<sup>9</sup> *Langenberg* in Schmidt –Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 3.

Mietverhältnisses zu einem Gebrauchshindernis kommt. Maßgeblich dafür, dass die Rechtsfolge des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB ausgelöst wird, ist allein, ob der Gerüstbauer als „Vermieter“ die von ihm geschuldete Möglichkeit des Gebrauchs der Mietsache erbracht hat.<sup>10</sup> Nicht von Bedeutung ist, ob bereits die Übergabe des Gerüsts stattgefunden hat.

Die Übergabe des Gerüsts an den Bauherren scheitert beispielsweise aus einem in dessen Risikosphäre liegenden Grund, wenn notwendige Vorleistungen fehlen, die für das Aufstellen des Gerüsts erbracht sein müssen. Auch wenn also der Bauherr die oben als Beispiel angeführten, nicht fertig gestellten Maurerarbeiten des Vorunternehmers nicht zu vertreten hat, so fällt dies doch in seinen Risikobereich. Der Gerüstbauer ist in einem solchen Fall gut beraten, wenn er dem Bauherrn vor dem Stichtag der (jeweiligen) Einzelfrist noch einmal nachweisbar vor Augen hält, dass er rechtzeitig zu den Fristen leistungsbereit und leistungswillig ist. Dadurch dokumentiert er, dass er die von ihm geschuldete Möglichkeit des Gebrauchs auch erbracht hat.

Ein Beispiel für ein während des Vertragsverhältnisses auftauchendes Gebrauchshindernis, das in den Risikobereich des Mieters/Bauherrn fällt, sind „Frosttage“, also Witterungsverhältnisse, an denen etwa die Verputzarbeiten an der Außenfassade nicht ausgeführt werden können.<sup>11</sup> Wenn der Mieter deshalb nicht in der Lage ist, das Gerüst zu nutzen, ist er gleichwohl zur Entrichtung des Mietzinses verpflichtet.

Für den Vergütungsanspruch des vermietenden Gerüstbauers ist darüber hinaus von wesentlicher Bedeutung, dass es sich bei § 537 Abs. 1 S. 1 BGB um einen originären Erfüllungsanspruch und nicht um einen Schadensersatzanspruch

---

<sup>10</sup> *Langenberg* in Schmidt –Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 5.

<sup>11</sup> LG Koblenz, Urteil v. 24.1.1968, Az. 5 O 274/64 zu § 552 BGB a.F., der im Wesentlichen der derzeit gültigen Regelung in § 537 Abs. 1 S. 1 BGB entspricht.

handelt.<sup>12</sup> Demnach kann sich der Mieter nicht auf ein den Vergütungsanspruch reduzierendes Mitverschulden des Gerüstbauers berufen, wenn dieser das Gerüst trotz entsprechender Möglichkeit nicht anderweitig vermietet, sondern für den Mieter bis zum tatsächlichen Einsatz vorgehalten – also reserviert – hat. Der Gerüstbauer muss sich nach § 537 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich ersparte Aufwendungen sowie diejenigen Vorteile auf seinen Vergütungsanspruch anrechnen lassen, die er aus einer anderweitigen Verwertung des Gerüstgebrauchs erlangt.

### **3. Zusammenfassung**

Kann ein Gerüst bei einem selbständigen Gerüstbauvertrag aus Gründen, die im Risikobereich des Bauherrn (Mieter) liegen, nicht zu den vertraglich vereinbarten Fristen aufgestellt werden, kann der leistungsbereite und leistungswillige Gerüstbauer als Vermieter gleichwohl den vertraglich vereinbarten Mietzins verlangen. In einem solchen Fall ist die mietvertragliche Komponente des Gerüstbauvertrags betroffen, so dass sich der Vergütungsanspruch aus Mietrecht (§ 537 BGB) ergibt.

---

<sup>12</sup> *Langenberg* in Schmidt –Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 7.