

Söll Gerüstbau GmbH
Trentiner Ring 7
86356 Neusäß

Rechtsanwälte

Norbert Krix
Fachanwalt
für Familienrecht

Werner Deeg
Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

Helmut Müller
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

Thomas Deeg
Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

Dr. Martin Ryl
Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

Aktenzeichen	Sachbearbeiter	Sekretariat / Durchwahl	Datum
62/20	RA T. Deeg	Fr. Kammerer/-31 kdm5@juraexperten.de	19.03.2020

Söll Gerüstbau GmbH wg. allg. Beratung 2020 Hier: Gerüstmiete während der Corona-Krise

Sehr geehrter Herr Röder,

Sie baten uns um eine juristische Stellungnahme zur Frage, ob die Mieten für die von Ihnen zur Verfügung gestellten Gerüste auch während der aktuellen „Corona-Krise“ zu bezahlen sind. Hierzu dürfen wir – auch zur Vorlage bei Ihren Kunden – auf folgendes hinweisen:

Der sog. selbständige Gerüstbauvertrag¹ enthält sowohl werkvertragliche (Auf-, Um- und Abbau), als auch mietvertragliche (Gebrauchsüberlassung/Vorhaltung) Elemente. Zumindest auf die mietvertraglichen Elemente des Gerüstbauvertrages, also die Gebrauchsüberlassung/Vorhaltung, ist nach den neueren Entscheidungen der Rechtsprechung Mietvertragsrecht anzuwenden.² Und im Mietvertragsrecht gilt nach derzeitiger Rechtslage:

Covid-19 stellt keinen Grund zur Mietminderung dar. Auch die Mietzahlungspflicht des Mieters entfällt grundsätzlich nicht. Das gilt selbst dann, wenn der Mieter die Mietsache aufgrund eines behördlichen Betriebsverbots, einer Quarantäneordnung oder einer Ausgangssperre tatsächlich nicht nutzen kann. Denn auch in diesen Fällen liegt kein Mangel der Miet-

¹ Unter einem solchen selbständigen Gerüstbauvertrag versteht man einen Vertrag, bei dem der Unternehmer ausschließlich für das Gerüst zuständig ist, er also ausschließlich vom Auftraggeber mit der Erstellung, der Vorhaltung, dem Umbau und dem Abbau des Gerüsts beauftragt ist, vgl. hierzu auch: *Schmidt NJW-Spezial* 2011, 236 (236).

² Siehe hierzu ausführlich: *Ryll/Deeg* in *IBR* 2019, 1142; oder auch: *OLG Hamm, IBR* 2014, 197; *BGH, Beschluss v. 09.01.2014, VII ZR 138/12*.

sache vor, der nach geltendem Recht aber Voraussetzung für eine Mietminderung wäre.

Daher bleibt festzuhalten, dass die vertraglich vereinbarten Mieten für die Vorhaltung eines Gerüsts nach derzeitiger Rechtslage auch während der Dauer der „Corona-Krise“ uneingeschränkt zu bezahlen sind.

Wir hoffen Ihre Frage hiermit beantwortet zu haben. Sollten Sie noch weitere Fragen haben, können Sie uns für deren Beantwortung gerne kontaktieren.

Mit freundlichen Grüßen



Thomas Deeg
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Mietzinszahlungsverpflichtung des Auftraggebers beim nicht aufgestelltem Gerüst

Aufsatz von RA und FA für Bau- und Architektenrecht **Dr. Martin Ryl**, Augsburg, und RA und FA für Bau- und Architektenrecht **Thomas Deeg**, Augsburg

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.¹ 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.

Ein selbständiger Gerüstbauvertrag liegt dagegen 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.² 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 selbständige 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,³ wobei der BGH mit Beschluss vom 09.01.2014 eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Hamm vom 19.03.2012 zurückwies.⁴ Ein Blick auf das vom BGH bestätigte Urteil des OLG Hamm zeigt, dass das OLG darin die Rechtsvorschriften des Mietvertragsrechts auf einen Gerüstbauvertrag anwandte.⁵ 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 wohl auch höchstrichterlich bestätigt. 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 Natur ist.⁶ 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.⁷ Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung jedenfalls die Vorhaltung eines Gerüsts nach Mietvertragsrecht zu beurteilen ist.⁸

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.

Damit gilt aber auch § 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.⁹ 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 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.¹⁰ 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) Einzeifrist 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.¹¹ 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 handelt.¹² 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 nach der hier vertretenen Auffassung 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.

Fußnoten:

1 ↑ *Schmidt NJW-Spezial* 2011, 236 (236).

2 ↑ *Ebenda*.

3 ↑ 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.

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

5 ↑ OLG Hamm, *IBR* 2014, 197.

6 ↑ Ähnlich: LG München, *IBR* 2016, 397, allerdings betreffend die Vorhaltung eines „Berliner Verbaus“.

7 ↑ So auch: OLG Hamm, *IBR* 2014, 197; OLG Düsseldorf, *BauR* 2010, 467.

8 ↑ 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.

9 ↑ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 3.

10 ↑ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 5.

11 ↑ 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.

12 ↑ *Langenberg* in Schmidt-Futterer, Mietrecht Kommentar, 13. Auflage 2017, § 537 Rn. 7.