

Gericht: KG Berlin 21. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 18.11.2025
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 21 U 16/25
ECLI: ECLI:DE:KG:2025:1118.21U16.25.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Normen: § 648 BGB, § 287 Abs 2 ZPO

Vergütung eines Gerüstbauunternehmens bei vorzeitiger Beendigung des Gerüstbauvertrags

Leitsatz

1. Die Vergütung eines Gerüstbauers verringert sich jedenfalls dann auf die „große“ Kündigungsvergütung gemäß § 648 BGB, soweit sie werkvertragliche Leistungen abgilt und die vorzeitige Beendigung des Gerüstbauvertrags dazu führt, dass diese Leistungen reduziert werden. (Rn.83)
2. Einigen sich die Parteien eines Gerüstbauvertrags darauf, dass ein bereits gestelltes Gerüst anstelle des Bestellers von einem Dritten übernommen wird, von dem der Gerüstbauer sodann für den noch ausstehenden Abbau bezahlt wird, so liegt in dieser Vergütung anderweitiger Erwerb, den der Gerüstbauer durch den Einsatz seiner für den Abbau erforderlichen Arbeitskräfte erzielt. (Rn.92)
3. Dieser anderweitige Erwerb ist auf die große Kündigungsvergütung nur bis zur Höhe der Kosten anzurechnen, die dem Gerüstbauer durch den Einsatz seiner Arbeitskräfte für den entfallenen Abbau gegenüber dem ersten Auftraggeber entstanden wären. (Rn.103)
4. Haben die Parteien des Gerüstbauvertrags einen Grundpreis vereinbart, der Auf- und Abbau des Gerüsts sowie eine vierwöchige Grundvorhaltezeit abgilt, ist es zulässig, wenn der Gerüstbauer den durch den anderweitig beauftragten Abbau des Gerüsts erzielten Erwerb mit einem pauschalen Abschlag von 30 % auf die Grundpreise veranschlagt. (Rn.99)

Orientierungssatz

1. Ein Gerüstbauvertrag ist ein gemischttypischer Vertrag. Er umfasst eine werkvertragliche Komponente in Form von Auf- und Abbau des Gerüsts und eine mietvertragliche Komponente in Form der Überlassung des aufgebauten Gerüsts für eine bestimmte Dauer. Aus dieser Mischnatur ergibt sich, dass ein Gerüstbauvertrag auf unterschiedliche Weise gekündigt bzw. vorzeitig beendet werden kann, nämlich durch vorzeitige Beendigung der mietvertraglichen Komponente oder der werkvertraglichen Komponente. (Rn.78) (Rn.79)
2. Das Gerüstbauunternehmen kann nach der Beendigung des Gerüstbauvertrags durch den Einsatz seiner dadurch freigestellten Arbeitskräfte anderweitigen Erwerb erzielt haben. Dieser anderweitige Erwerb ist grundsätzlich nach der Formel $AWE = T \times A$ zu berechnen, wobei T die Summe der Arbeitsstunden darstellt, in denen der Unternehmer seine Arbeitskräfte für einen anderen Auftrag anstelle des beendeten Vertrags einsetzen konnte. Der Faktor A entspricht den Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch den Einsatz der anderweitig

eingesetzten Arbeitskraft pro Stunde entstehen (Anschluss KG Berlin, Urteil vom 4. Juli 2025 - 21 U 129/23).(Rn.96)

3. § 648 BGB regelt, dass sich der Unternehmer nur den Erwerb anrechnen lassen muss, den er durch den anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirtschaftet. Bei den Gerüstbauteilen eines Gerüstbauers handelt es sich nicht um seine "Arbeitskraft", sondern sein Kapital. Daher hat hiermit eventuell erzielter anderweitiger Erwerb bei der großen Kündigungsvergütung außer Betracht zu bleiben.(Rn.101)

4. Die große Kündigungsvergütung nach § 648 BGB zielt darauf ab, den Unternehmer so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag vollständig durchgeführt worden wäre. Daraus ergibt sich, dass ihm der Gewinn, den er dann erzielt hätte, in vollem Umfang erhalten bleiben muss. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn er sich den anderweitigen Erwerb, den er mit seinen Arbeitskräften erzielt, nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen muss, die ihm durch den Einsatz dieser Arbeitskräfte im Rahmen des beendeten Vertrages entstanden wären.(Rn.103)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin II, 7. Januar 2025, 91 O 8/24

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin II vom 7. Januar 2025 unter Aufhebung seiner Kostenentscheidung in seiner Ziff. 1 wie folgt geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 172.624,96 € nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB auf 32.122,59 € seit dem 1. September 2023 und auf 140.502,37 € seit dem 20. Dezember 2023 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits über beide Instanzen tragen die Klägerin zu 10 %, die Beklagte zu 90 %.

4. Dieses und fortan auch das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin, ein Gerüstbauunternehmen, nimmt die Beklagte aus zwei Gerüstbauverträgen auf Vergütung in Anspruch.

- 2 Die Beklagte ließ im Jahr 2022 auf der Immobilie S in Berlin (im Folgenden: **Bauvorhaben S bzw. S-Straße**) und auf der Immobilie O in Berlin (im Folgenden: **Bauvorhaben O bzw. O-Straße**) Bauarbeiten durchführen.
- 3 Mit Vertrag vom 3./11. Mai 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin, ein näher spezifiziertes Gerüst für das Bauvorhaben S-Straße aufzubauen und ihr für die Dauer der Bauarbeiten zu überlassen. Die Parteien bezeichneten den Vertrag als "VOB-Bauvertrag" zu dem "Gewerk: 01. Gerüstarbeiten" und erklärten unter anderem, die VOB/B und die VOB/C zu Grundlagen und Bestandteilen der Vereinbarung. Das Leistungsverzeichnis enthält Positionen für Anlieferung, Aufbau, Abbau des Gerüsts bzw. einzelner gesondert ausgewiesener Bestandteile, die nach Längen- oder Flächenmaßen (qm, lfd m oder – bei Treppen – stg m) abzurechnen sind. Diese Auf- und Abbaupositionen gelten jeweils auch eine vierwöchige Überlassungszeit ab, sie werden im Folgenden als **Grundpositionen** bzw. **Grundpreise** bezeichnet. Daneben enthält das Leistungsverzeichnis gesonderte Positionen für die Überlassung des Gerüsts bzw. der gesondert ausgewiesenen Bestandteile für jede Woche, die über die Basiszeit von vier Wochen hinausgeht. Diese Positionen werden im Folgenden als **Mietpositionen** bzw. **Mietpreise** bezeichnet. Ihre Abrechnung richtet sich nach der dazugehörigen Grundposition multipliziert mit der Dauer der Überlassung in Wochen, also beispielsweise im Fall der Grundposition für das nach qm abzurechnende Gerüst nach qmWo. Wegen der Einzelheiten wird auf den Gerüstbauvertrag (Anlage K 1) verwiesen.
- 4 Die Klägerin baute das beauftragte Gerüst auf und überließ es der Beklagten. Am 16. Dezember 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit dem "Nachtrag 001 Abfangen des Gerüsts" zu einem Preis von 2.415,20 € (einschließlich Umsatzsteuer). Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 8 verwiesen. Per Mail vom 11. Juli 2023 forderte die Beklagte die Klägerin auf, das Gerüst bis zum 17. Juli 2023 vollständig abzubauen und zu entfernen. Die Klägerin kam dem nach.
- 5 Über Auf- und Abbau sowie Überlassung des Gerüsts rechnete die Klägerin unter dem 24. Juli 2023 mit einer Schlussrechnung ab, die unter Berücksichtigung von Zahlungen der Beklagten eine offene Vergütung in Höhe von 56.167,37 € (einschließlich Umsatzsteuer) auswies. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 verwiesen. Die Beklagte leistete hierauf keine weiteren Zahlungen.
- 6 Mit Vertrag vom 11./12. Oktober 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin, ein näher spezifiziertes Gerüst auf dem Bauvorhaben O-Straße aufzubauen und ihr für die Dauer der Bauarbeiten zu überlassen. Auch diesen Vertrag bezeichneten die Parteien als "VOB-Bauvertrag" zu dem "Gewerk: 01. Gerüstarbeiten" und erklärten unter anderem, die VOB/B und die VOB/C zu Grundlagen und Bestandteilen der Vereinbarung. Das zu dem Vertrag gehörende Leistungsverzeichnis weist wie der Gerüstbauvertrag S-Straße Grundpreise und Mietpreise auf. Wegen der Einzelheiten wird auf den Gerüstbauvertrag O-Straße (Anlage K 4) verwiesen.
- 7 Die Klägerin baute das beauftragte Gerüst auf und überließ es der Beklagten. Zu einem späteren Zeitpunkt einigten sich die Parteien, dass das Gerüst mit Ablauf des 12. Oktober 2023 vom Auftraggeber der Beklagten übernommen werde und die Beklagte aus dem Vertrag ausscheide. Das Gerüst blieb somit auf dem Bauvorhaben O-Straße stehen und wurde vom Auftraggeber der Beklagten weiter genutzt, der die Klägerin dafür in unbekannter Höhe bezahlte. Unter dem 14. November 2023 legte die Klägerin Schlussrech-

nung gegenüber der Beklagten über die Zeit bis zum 12. Oktober 2023. Dabei berechnete sie die Grundpositionen nur mit jeweils 70 %, da sie auch den Abbau des jeweiligen Gerüstbestandteils abgelten, für den die Klägerin nun vom Auftraggeber der Beklagten vergütet wird. Nach Anrechnung der geleisteten Zahlungen weist die Schlussrechnung eine offene Vergütung von 141.949,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) aus. Die Beklagte leistete keine weiteren Zahlungen.

8 Zur Durchsetzung des offenen Betrags aus den beiden Schlussrechnungen hat die Klägerin vor dem Landgericht Berlin II Klage erhoben.

9 Die Beklagte ist der Klage insbesondere mit den folgenden Argumenten entgegengetreten: Die Schlussrechnungen seien nicht prüfbar, da Aufmaßblätter fehlten bzw. nicht nachvollziehbar seien. Der Nachtrag 1 zum Vertrag S-Straße sei falsch abgerechnet. Die Klägerin habe die Gerüste mangelhaft aufgebaut. Bei dem Gerüst S-Straße habe ihr die Klägerin die Überlassung bis zum 24. Juli 2023 in Rechnung gestellt; tatsächlich hätte dies nur bis zum 17. Juli 2023 abgerechnet werden dürfen, da die Beklagte das Gerüst per Mail vom 11. Juli 2023 zu diesem Tag freigegeben hatte. Die Klägerin könne die Grundpositionen des Gerüsts O-Straße nicht mit 70 % ansetzen, da sie den Abbau von ihrem neuen Auftraggeber, dem vormaligen Auftraggeber der Beklagten, bezahlt erhalten habe und die Quote nicht nachvollziehbar sei. Schließlich stehe der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zu, da die Klägerin keine aktuelle Freistellungsbescheinigung gemäß § 48b EStG vorgelegt habe.

10 Nachdem die Klägerin ihre Klage wegen des Bauvorhabens O-Straße um 1.446,53 € auf 140.502,37 € (jeweils einschließlich Umsatzsteuer und nebst Zinsen) zurückgenommen hatte, hat ihr das Landgericht mit Urteil vom 7. Januar 2025 in der sich daraus ergebenden Gesamthöhe von 196.669,74 € stattgegeben. Die Argumente der Beklagte hat das Landgericht zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung sowie weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf das Urteil verwiesen.

11 Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung, zu deren Begründung sie ihr Vorbringen aus der ersten Instanz aufrechterhält.

12 Die Beklagte beantragt,

13 das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird.

14 Die Klägerin beantragt,

15 die Berufung zurückzuweisen.

II.

16 Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist dahin abzuändern, dass die Beklagte lediglich zur Zahlung von 172.624,96 € zuzüglich Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen wird. Nach Auffassung des Berufungsgerichts beläuft sich der Vergütungsanspruch der Klägerin für das Gerüst S-Straße auf einen etwas geringeren Betrag als vom Landgericht zuerkannt. Hinsichtlich des Bauvorhabens O-Straße bleibt die Entscheidung des Landgerichts unverändert.

17 **1. Bauvorhaben S-Straße**

- 18 Aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben S-Straße steht der Klägerin ein offener Vergütungsanspruch von lediglich 32.122,59 € (einschließlich Umsatzsteuer) zu und nicht, wie von ihr in der Schlussrechnung Anlage K 3 ermittelt, in Höhe von 56.167,37 € (einschließlich Umsatzsteuer).
- 19 **a) Die Schlussrechnung ist prüffähig**
- 20 Die Schlussrechnung der Klägerin für das Gerüst S-Straße ist prüffähig. Ihre Rechnung nimmt auf die Grund- und Mietpreise des vertraglichen Leistungsverzeichnisses Bezug, bringt die Mengen und Zeiten in Ansatz, die die Klägerin jeweils erbracht haben will und multipliziert sie mit den Einheitspreisen. Das so erstellte Zahlenwerk kann ohne Weiteres mit Hilfe der beigefügten Aufmaßblätter nachvollzogen werden, wie es das Gericht im Termin mündlich erläutert hat. In den Aufmaßblättern werden die einzelnen Fassaden, vor denen die Klägerin das Gerüst bzw. Gerüstbestandteile aufgebaut hatte, nach ihrer Himmelsrichtung bezeichnet ("Nord Ost", "Nord West" etc.). Sodann werden die Maße der dort jeweils abgerechneten Gerüstbestandteile angegeben. So kann der Rechnung entnommen werden, dass vor der Nordost-Fassade ein Gerüst über eine Länge von 38,20 m Länge gestellt wurde (teilweise in Segmente von 23,00 m und 15,20 m unterteilt), vor der Nordwest-Fassade ein Gerüst über eine Länge von 21,00 m usw. Wertet man außerdem die Spalten "Höhe" und "Vorhaltebeginn" aus, so ist der Rechnung weiter zu entnehmen, dass das Gerüst über die Länge der jeweiligen Fassade hinweg offenbar in Etappen erhöht wurde, wobei Maximalhöhen von 18,20 m, 20,50 m und 23,50 m erreicht wurden, was angesichts der in Berlin verbreiteten Traufhöhe von 22 m plausibel ist. Das Entsprechende gilt für die anderen Bestandteile des Gerüsts.
- 21 **b) Korrektur der abgerechneten Gesamtvergütung**
- 22 Allerdings erweist sich die von der Klägerin für das Bauvorhaben S-Straße in Rechnung gestellte Gesamtvergütung von 172.450,36 € (netto) als überhöht und ist um einen Korrekturbetrag von 20.618,07 € (netto) zu verringern. Auf die aus seiner Sicht insoweit bestehenden Unzulänglichkeiten in Schlussrechnung bzw. Parteivorbringen hat das Berufungsgericht die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung hingewiesen. Der Klägerin war keine Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu einzuräumen, da sie darauf verzichtet hat (vgl. Terminsprotokoll vom 8. Oktober 2025, S. 1).
- 23 Der Korrekturbetrag, um den die Schlussrechnung überhöht ist und der von der geltend gemachten Vergütung abgezogen werden muss, ermittelt sich wie folgt:
- 24 **aa) Grundpreis Gerüst LK 4 (Position 003)**
- 25 Der Grundpreis für Auf- und Abbau sowie die vierwöchige Grundstellzeit, abgerechnet als Position 003, ist um 17.222,70 € zu mindern. Die Klägerin hat hier einen Mengenvordersatz von 6.839,36 qm in Ansatz gebracht. Dieser Wert ist ohne nähere Aufklärung unplausibel, wenn er sich nicht sogar als falsch erweisen sollte. Jedenfalls beim aktuellen Streitstand ist demgegenüber eine um 2.026,20 qm geringere Gesamtfläche von 4.813,16 qm zutreffend. Bei einem Einheitspreis von 8,50 €/qm errechnet sich somit eine Überhöhung um $2.026,20 \text{ qm} \times 8,50 \text{ €/qm} = 17.222,70 \text{ €}$.
- 26 Diese Überhöhung lässt sich der Schlussrechnung einschließlich der Aufmaßblätter entnehmen, *gerade weil diese prüffähig sind*. Sie ergibt sich wie folgt:

- 27 Betrachtet man die Aufmaßblätter zur Schlussrechnung S-Straße entsteht der Eindruck, die Gesamtfläche von 6.839,36 qm sei die Gesamtsumme der Werte in der Spalte "Massen", den die Klägerin durch Addition der dort eingetragenen Teilmengen errechnet hat. Dieses Vorgehen wäre unrichtig. Denn offenbar ist ein und dasselbe Gerüstsegment mehrfach in unterschiedlichen Zeilen eingetragen und würde bei Addition sämtlicher Werte in der Spalte "Massen" mehrfach in Ansatz gebracht. Darauf deuten die Werte in den Spalten "Vorhalt Beginn" und "Vorhalt Ende" hin. Bei den Fassaden "Nord Ost" und "Süd Ost" ist bei mehreren Aufmaßblättern, also Gerüstsegmenten, als Ende des Vorhalts nicht der 24. Juli 2023, sondern ein früheres Datum eingetragen (30. August 2022 oder 23. Februar 2023), während es weitere Zeilen mit gleich großen oder sogar größeren Flächen gibt, bei denen der Vorhalt am selben Tag oder erst danach beginnt. Im Zweifel ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin während der Stellzeit ein und dasselbe Gerüstsegment ab- und wieder aufbaute. Vielmehr ist anzunehmen, dass sie ein und dasselbe *durchgängig gestellte* Gerüstsegment sukzessive erhöhte und es in seinen unterschiedlichen nacheinander erreichten Höhen auf unterschiedliche Zeilen der Aufmaßtabelle verteilte. Da sich die Stellzeiten unterschiedlicher Zeilen in der Tabelle nicht überschneiden, ist dieses Vorgehen unschädlich für die Ermittlung der Mietpreise, die in qmWo ermittelt werden. Wird ein und dasselbe Gerüstsegment aber auf mehrere Zeilen verteilt, darf die Grundpauschale nicht durch Addition sämtlicher Werte in der Spalte "Massen" errechnet werden, weil sonst einzelne Segmente mehrfach in Ansatz gebracht werden, obgleich die Klägerin sie nur einmal auf- und abbaute.
- 28 Bei genauerem Hinsehen ergibt sich zwar, dass der Gesamtwert der Grundposition 003 von 6.839,36 qm entgegen dem ersten Anschein doch nicht die Summe der Einzelwerte der Spalte Massen ist, diese beläuft sich auf 8.148,02 qm. Der in seiner Zusammensetzung nicht nachvollziehbare Wert von 6.839,36 qm ist aber dennoch unrichtig. Denn ausgehend von der Grundannahme, dass das Gerüst während der Stellzeit im Zweifel nicht zwischenzeitlich ab- und wieder aufgebaut wurde, sondern allenfalls mit den Arbeiten "wuchs", muss sich der Gesamtwert der Grundpauschale auf die Gesamtfläche der eingerüsteten Fassaden belaufen. Diese Gesamtfläche ermittelt sich auf Grundlage der Angaben im Aufmaßblatt wie folgt:
- 29 S-Straße:
- 30 Fassade Nord Ost: $38,20 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 783,10 \text{ qm}$
- 31 Fassade Nord West: $21,00 \text{ m} \times 23,50 \text{ m} = 493,50 \text{ qm}$
- 32 Fassade Süd Ost: $64,80 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 1.328,40 \text{ m}$
- 33 Fassade Süd West: $38,20 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 783,10 \text{ m}$
- 34 A-Straße:
- 35 Fassade Hofseite: $60,50 \text{ m} \times 18,20 \text{ m} = 1.101,10 \text{ qm}$
- 36 Fassade Straßenseite: $17,80 \text{ m} \times 18,20 \text{ m} = 323,96 \text{ qm}$
- 37 Als Gesamtfläche der eingerüsteten Fassade errechnen sich somit in Summe 4.813,16 qm. Dieser Wert ist um 2.026,20 qm geringer als die von der Klägerin in Ansatz gebrachte Gesamtfläche von 6.839,26 qm.

38 **bb) Sonstige Grundpositionen**

39 Bei der sonstigen Grundpositionen der Schlussrechnung hat das Berufungsgericht keine Unstimmigkeiten festgestellt.

40 **cc) Mietpreise (Positionen 004, 006, 008, 010, 020 und 022)**

41 Allerdings erweisen sich alle Mietpositionen um insgesamt 1.856,37 € (netto) überhöht. Dies folgt daraus, dass die Klägerin überall eine Überlassung des Gerüsts bis zum 24. Juli 2023, also einschließlich der 29. KW 2023 in Ansatz gebracht hat. Tatsächlich war sie nur berechtigt, die Überlassung des Gerüsts bis zum 17. Juli 2023, also um eine Kalenderwoche weniger zu berechnen. Es ergibt sich eine Überhöhung der Mietpositionen um 1.856,37 €.

42 **(1) Ermittlung der abrechenbaren Gebrauchsüberlassung**

43 Die abrechenbare Dauer der Gebrauchsüberlassung ergibt sich aus Ziff. 5.4.3.2 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) für Gerüstarbeiten (DIN 18451, im Folgenden: ATV Gerüstarbeiten). Da diese ATV Teil der VOB/C sind, haben die Parteien in zweifacher Weise in § 2 Abs. 1 des Gerüstbauvertrag S-Straße (Anlage K 3) ihre Geltung vereinbart: *Direkt*, indem sie dort die VOB/C zu Vertragsgrundlage erklärten, und *indirekt*, indem sie die VOB/B in ihren Vertrag einbezogen, wodurch die in den VOB/C enthaltenen ATV auch über § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B Vertragsbestandteil werden.

44 Nach Ziff. 5.4.3.2 der ATV Gerüstarbeiten endet die abrechenbare Gebrauchsüberlassung mit der Freigabe des Gerüsts durch den Auftraggeber, jedoch frühestens drei Werk-tage nach Zugang dieser Erklärung beim Gerüstbauer. Handelt es sich wie im vorliegen-den Fall um ein Arbeitsgerüst, zählt die Dauer des Abbaus nicht in die Überlassungszeit, wie sich aus Ziff. 5.4.3.4 der ATV Gerüstarbeiten ergibt, wo nur bei Traggerüsten eine abweichende Vereinbarung vorgesehen ist.

45 Die Beklagte forderte die Klägerin am Dienstag, den 11. Juli 2023, auf, das Gerüst bis zum 17. Juli 2023 vollständig abzubauen und zu entfernen. Nach dieser Erklärung sollte die Klägerin schnellstmöglich mit dem Abbau beginnen und also die Überlassung beenden. Die Nennung des 17. Juli 2023 ist ohne Bedeutung, denn die Beklagte gab diesen Termin nur als *spätestes Ende*, nicht aber als *frühesten Beginn* des Abbaus vor. Somit bleibt es dabei, dass die Überlassung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Zugang der Freimeldung bei der Klägerin endet. Da die Klägerin die Freimeldung unstreitig auch am 11. Juli 2023 erhielt, endet die Überlassungszeit folglich mit Ablauf des 14. Juli 2023, einem Freitag. Die Klägerin ist folglich nicht berechtigt, die 29. KW 2023 vom 17. bis zum 23. Juli 2023 als Überlassungszeit abzurechnen.

46 **(2) Ermittlung des Korrekturbetrags**

47 Folglich sind alle Mietpositionen um eine Woche Überlassungsdauer zu kürzen. Zur Ermittlung des Korrekturbetrags ist mangels anderen Vortrags davon auszugehen, dass der betreffende Gerüstbestandteil am Ende der Stellzeit in maximalem Umfang, also mit maximaler Fläche oder Länge aufgebaut war. Somit ist jede Mietposition pro Woche um den Flächen- bzw. Längenansatz der dazugehörigen Grundposition multipliziert mit einer Woche zu kürzen. Dabei ist der Mengenvordersatz der dazugehörigen Grundposition heranzuziehen, der der Schlussrechnung Anlage K 3 zu entnehmen ist. Einzige Ausnahme

ist die Position 004 "Miete für Gerüst LK 4". Für diese ist der korrigierte Mengenansatz von 4.813,16 qm maßgeblich (vgl. oben aa)).

48 Das Berufungsgericht hat auf diese Weise die folgenden Kürzungsbeträge für die einzelnen Mietpositionen errechnet:

49 Position 004: 1.058,90 €

50 Position 006: 143,33 €

51 Position 008: 157,34 €

52 Position 010: 97,50 €

53 Position 020: 235,42 €

54 Position 0222: 163,88 €

55 In Summe ergibt sich der Kürzungsbetrag von 1.856,37 €.

56 **dd) Nachträge**

57 Insoweit ist ein Korrekturbetrag von 1.539,00 € (netto) in Ansatz zu bringen. Zwischen den Parteien ist mittlerweile unstreitig, dass die Beklagte die Klägerin nur mit dem Nachtrag 001 "Abfangen des Gerüsts" beauftragte. Die Klägerin hat das entsprechende Auftragschreiben als Anlage K 7 vorgelegt. Somit ist die Klägerin auch nur zur Abrechnung der Nachtragsvergütung berechtigt, die sich aus diesem Schreiben ergibt. Sie beläuft sich auf 2.071,00 € (netto). In ihre Schlussrechnung hat sie hingegen eine Nachtragsvergütung von insgesamt 3.610,00 € (netto) in Ansatz gebracht (vgl. Anlage K 3). Die Überhöhung von 1.539,00 € muss somit als Korrekturbetrag abgezogen werden.

58 **ee) Ermittlung des Korrekturbetrags**

59 Weitere Korrekturen sind an der Schlussrechnung für das Bauvorhaben S-Straße nicht vorzunehmen. Somit ermittelt sich der folgende Korrekturbetrag:

60	Korrektur Position 003:	17.222,70 €
	Korrektur Überlassungszeit:	1.856,37 €
	Korrektur Nachtrag 1:	1.539,00 €
	Summe:	20.618,07 €

61 **c) Ermittlung der offenen Vergütung für das Bauvorhaben S-Straße**

62 Der offene Vergütungsanspruch der Klägerin aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben S-Straße ermittelt sich somit ausgehend von der Schlussrechnung Anlage K 3 wie folgt:

63 Gesamtvergütung (netto) nach der Schlussrechnung: 147.873,75 €

abzüglich des Korrekturbetrags:	- 20.618,07 €
Zwischensumme korrigiert:	127.255,68 €
abzüglich des Nachlasses von 2 %:	2.545,11 €
Gesamtvergütung (netto) korrigiert:	124.710,57 €
19 % Umsatzsteuer:	23.695,01 €
Gesamtvergütung (brutto) korrigiert:	148.405,58 €
abzüglich geleisteter Zahlungen (brutto):	116.282,99 €
Offene Vergütung (brutto):	32.122,59 €

64 **d) Keine Gegenrechte der Beklagten**

65 Der Beklagten stehen gegenüber diesem Vergütungsanspruch keine Gegenrechte zu.

66 **aa) Keine Mängelrechte**

67 Solche Gegenrechte ergeben sich nicht daraus, dass sich die Beklagte auf Mängel am Gerüst beruft. Nachdem das Gerüst mittlerweile vollständig wieder abgebaut ist, können Mängel nur insoweit Relevanz haben, wie sie der Nutzung des Gerüsts während der Überlassungszeit entgegenstanden. Ein Mangel am Gerüst mag dann eventuell dazu führen, dass für die Dauer seines Fortbestands die Überlassung des mangelbehafteten Gerüstteils nicht abgerechnet werden kann. Derartiges lässt sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Es ist schon unklar, welche Mängel es gegeben haben soll. Erst recht ist nicht nachvollziehbar, inwieweit und wie lange hierdurch die Nutzung welcher Gerüstteile beeinträchtigt gewesen sein soll.

68 **bb) Keine Berechtigung zum Steuerabzug**

69 Die Beklagte ist gegenüber der Vergütungsforderung auch nicht zum Steuerabzug gemäß § 48 Abs. 1 EStG berechtigt, denn die Klägerin verfügt unstreitig über eine bis zum 9. Dezember 2024 gültige Freistellungsbescheinigung nach § 48b Abs. 1 S. 1 EStG. Dass der 9. Dezember 2024 mittlerweile verstrichen ist, ist unerheblich, da die Freistellungsbescheinigung nur zum Zeitpunkt der Leistung des Unternehmers gültig sein muss, nicht aber zum Zeitpunkt der Zahlung, vgl. § 48 Abs. 2 S. 1 EStG.

70 **2. Bauvorhaben O-Straße**

71 Aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben O-Straße steht der Klägerin ein offener Vergütungsanspruch von 140.502,37 € (einschließlich Umsatzsteuer) zu. Diese Summe entspricht dem offenen Betrag ihrer Schlussrechnung für dieses Vorhaben (Anlage K 6) von 141.949,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) abzüglich des Teilbetrags von 1.446,53 € (einschließlich Umsatzsteuer), in Höhe dessen sie vor dem Landgericht ihre Klage zurückgenommen hat (vgl. Terminsprotokoll des Landgerichts vom 1. Oktober 2024, S. 2).

72 **a) Die Schlussrechnung ist prüffähig**

73 Die Schlussrechnung für das Bauvorhaben O-Straße ist ebenfalls prüffähig. Es gelten die Ausführungen unter Ziff. 1. a) entsprechend.

74 **b) Ansatz der Grundpositionen mit 70 % ist nicht zu beanstanden**

- 75 Es ist nicht zu beanstanden, dass die Klägerin sämtliche Grundpositionen mit 70 % angesetzt hat. Die Klägerin muss weder im Einzelnen herleiten, wie sie diesen Ansatz von 70 % ermittelt hat, noch ist sie verpflichtet, eine geringere Quote in Ansatz zu bringen.
- 76 **aa) Verringerung der Grundpreise auf die "große" Kündigungsvergütung**
- 77 Bei den Grundpositionen, die Auf- und Abbau des betreffenden Gerüstbestandteils sowie die Vorhaltung für eine Dauer von vier Wochen abgelten, hat sich der Vergütungsanspruch der Klägerin auf die große Kündigungsvergütung gemäß § 648 BGB abgesenkt.
- 78 Ein Gerüstbauvertrag ist ein gemischttypischer Vertrag. Er umfasst eine werkvertragliche Komponente in Form von Auf- und Abbau des Gerüsts und eine mietvertragliche Komponente in Form der Überlassung des aufgebauten Gerüsts für eine bestimmte Dauer.
- 79 Aus dieser Mischnatur folgt, dass ein Gerüstbauvertrag auf unterschiedliche Weise gekündigt bzw. vorzeitig beendet werden kann, nämlich durch vorzeitige Beendigung der mietvertraglichen Komponente oder eben der werkvertraglichen Komponente.
- 80 Zur *vorzeitigen Beendigung der mietvertraglichen Komponente* kommt es, wenn der Besteller während einer fest vereinbarten Überlassungszeit des Gerüsts den Gerüstbauer zum vorzeitigen Abbau des Gerüsts auffordert. Hier führt die Kündigung dazu, dass das mietvertragliche Leistungselement, die Überlassung des Gerüsts, durch Kündigung oder Aufhebungsvereinbarung vermindert wird. Ein solcher Fall scheidet außerhalb der Grundüberlassungszeit von vier Wochen aus, wenn die Parteien wie häufig (und auch vorliegend) keine feste, sondern eine unbestimmte Überlassungszeit vereinbart haben.
- 81 Um eine *vorzeitige Beendigung der werkvertraglichen Komponente* des Gerüstbauvertrags geht es, wenn das vertragliche Leistungsprogramm um ein werkvertragliches Leistungselement vermindert wird. So verhält es sich etwa, wenn die Parteien darin übereinkommen, dass der Unternehmer die Werkleistung des Gerüstabbaus anders als vertraglich vorgesehen nicht mehr ausführen soll. Da der Besteller die Wegnahme des dem Gerüstbauer gehörenden Gerüsts nicht durch einseitige Kündigungserklärung verhindern kann, ist eine solche vorzeitige Vertragsbeendigung vor Gerüstabbau nur einvernehmlich durch Vereinbarung zwischen Besteller und Gerüstbauer möglich, etwa indem sich die Vertragsparteien vor Abbau des Gerüsts darauf einigen, dass das Eigentum am Gerüst auf den Besteller übergehen soll oder dass an seiner Stelle eine andere Person auf Auftraggeberseite in den Gerüstbauvertrag eintreten soll.
- 82 Ob in den Fällen der *mietvertraglichen Kündigung* eines Gerüstbauvertrags § 648 BGB die Vergütungsfolge regelt, erscheint dem Berufungsgericht zweifelhaft, wenngleich der Bundesgerichtshof dies für einen anderen, aber seiner Struktur nach nicht unähnlichen Fall eines gemischttypischen Vertrags mit miet- und werkvertraglichen Komponenten angenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2011, VII ZR 133/10). Diese Frage kann im vorliegenden Fall aber dahinstehen.
- 83 Im Fall der vorzeitigen Beendigung des *werkvertraglichen Elements* eines Gerüstbauvertrags ist die Anwendung der werkvertraglichen Vergütungsfolge des § 648 BGB indes grundsätzlich angezeigt. Auch wenn dem Besteller kein Grund zur Seite steht, der ihn zur außerordentlichen Kündigung des Gerüstbauvertrags berechtigt, führt die vorzeitige Vertragsbeendigung dazu, dass die vom Gerüstbauer zu erbringende Werkleistung

reduziert wird, wodurch er Aufwendungen ersparen oder mit seinen kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräften anderweitigen Umsatz erzielen kann. Es ist nicht ersichtlich, warum sich der Gerüstbauer, die darin liegenden Vorteile nicht wie auch sonst im Rahmen eines Werkvertrags auf seine Vergütung anrechnen lassen sollte (für die Anwendung von § 648 auch OLG Köln, Urteil vom 26. März 1999, 4 U 47/98).

84 Dass wie bereits erwähnt eine solche vorzeitige Beendigung des werkvertraglichen Vertragselement in aller Regel gar nicht einseitig durch Kündigung, sondern nur einvernehmlich möglich ist, ist unerheblich. Denn auch wenn ein reiner Werkvertrag nicht durch Kündigung, sondern durch Aufhebungsvereinbarung zwischen den Parteien beendet wird, richtet sich die Vergütungsfolge dieser Vereinbarung nach § 648 BGB, solange dem Besteller nicht ein wichtiger Kündigungsgrund für eine außerordentliche Kündigung des Vertrags zur Seite gestanden hätte (BGH, Urteil vom 26. April 2018, VII ZR 82/17).

85 **bb) Anwendung dieser Überlegungen auf den vorliegenden Fall**

86 Aus diesen Überlegungen folgt für den vorliegenden Rechtsstreit:

87 Die Parteien haben sich unstreitig dahin geeinigt, dass das Leistungsprogramm der Klägerin um ein werkvertragliches Element verringert wird, indem sie übereinkamen, dass die Beklagte aus dem Vertrag ausscheiden und ein anderer Auftraggeber - vermutlich ein vom Bauherrn anstelle der Beklagten beauftragter neuer Generalunternehmer - in den Vertrag eintreten solle.

88 Es ist nicht ersichtlich, dass der Beklagten ein wichtiger Grund zur Seite gestanden hätte, um den Vertrag in einer Form außerordentlich zu kündigen, die zum Wegfall der Vergütung der Klägerin für den noch nicht erbrachten Gerüstabbau geführt hätte.

89 Somit ist § 648 BGB auf den Gerüstbauvertrag mit der Folge anzuwenden, dass sich die Vergütung der Klägerin, soweit sie auf werkvertragliche Leistungen entfällt auf die große Kündigungsvergütung absenkt.

90 Die vertraglichen Werkleistungen der Klägerin bestehen im Auf- und Abbau des Gerüsts. Diese Leistungen werden durch die Grundpreise abgegolten. Somit senkt sich bei dieser Teilvergütung der Anspruch der Klägerin auf die große Kündigungsvergütung des § 648 BGB ab. Das bedeutet, dass sie sich auf die Grundpreise anrechnen lassen muss, was sie durch den absprachegemäß entfallenen Gerüstabbau an Aufwendungen erspart bzw. was sie durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskräfte erwerben kann.

91 **(1) Keine ersparten Aufwendungen**

92 Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch die vorzeitige Beendigung des Gerüstbauvertrags Aufwendungen erspart hätte. Weil sie nicht mehr gegenüber der Beklagten zum Abbau des Gerüsts verpflichtet war, ersparte sie den Einsatz ihrer Arbeitskräfte für eben diesen Abbau. Diese entfallene Arbeitslast stellt aber keine ersparten Aufwendungen dar, zumal die Klägerin jedenfalls gegenüber fest angestellten Mitarbeitern durch den Wegfall des Abbaus in aller Regel auch nicht von Gehaltszahlungen befreit wird. Vielmehr ist der Umstand, dass für die Klägerin der Aufwand des Abbaus entfallen ist und sie die hierfür vorgesehenen Arbeitskräfte anders nutzen konnte im Rahmen des anderweitigen Erwerbs zu berücksichtigen (vgl. Retzlaff, BauR 2023, 1036 ff).

- 93 Dass die Klägerin das Gerüst über den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags mit der Beklagten hinaus nicht mehr für diesen Vertrag verwenden musste, ist ebenfalls unerheblich. Dieses Ersparnis ist keine spezifische Folge der (werkvertraglichen) Vertragsaufhebung. Zu dieser Ersparnis wäre es - jedenfalls nach Ablauf von drei Werktagen - auch gekommen, wenn die Beklagte das Gerüst regulär, d.h. gemäß Ziff. 5.4.3.2 der ATV Gerüstarbeiten zum Abbau freigegeben hätte.
- 94 **(2) Anderweitiger Erwerb**
- 95 **(a) Berechnung nach der Formel $AWE = T \times A$**
- 96 Allerdings kann die Klägerin nach der Beendigung des Gerüstbauvertrags mit der Beklagten durch den Einsatz ihrer dadurch freigestellten Arbeitskräfte anderweitigen Erwerb erzielt haben. Dieser anderweitige Erwerb ist nach Auffassung des Senats grundsätzlich nach der Formel $AWE = T \times A$ zu berechnen, wobei T die Summe der Arbeitsstunden darstellt, in denen der Unternehmer seine Arbeitskräfte für einen anderen Auftrag anstelle des beendeten Vertrags einsetzen konnte. Der Faktor A entspricht den Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch den Einsatz der anderweitig eingesetzten Arbeitskraft pro Stunde entstehen (KG, Urteil vom 4. Juli 2025, 21 U 129/23, Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, § 648 BGB, Rn. 9; ders. BauR 2023, 1036 ff und 1168 ff).
- 97 Auf Grundlage des Vorbringens der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit können die Faktoren T und A nicht beziffert werden. Dies ist allerdings unschädlich. In geeigneten Einzelfällen kann auf eine solche Darlegung verzichtet werden, wenn eine hinreichend zuverlässige Schätzung der Höhe des anderweitigen Erwerbs möglich ist.
- 98 **(b) Pauschalierter Abzug von 30 % ist hier möglich**
- 99 Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend gegeben: Die Werkleistungen der Klägerin werden ausschließlich durch die Grundpreise abgegolten. Diese stellen die Vergütung für Auf- und Abbau des Gerüsts sowie für den vierwöchigen Grundvorhalt dar. Bedenkt man, dass die Klägerin somit Aufbau und Grundvorhalt erbracht hat und der entfallene Abbau eines Gerüsts etwas weniger aufwändig ist als der Aufbau, ist es sachgerecht, die Reduktion des Grundpreises um den anderweitigen Erwerb auf die große Kündigungsvergütung mit einem Abschlag von 30 % anzusetzen, wie es die Klägerin getan hat. Das Berufungsgericht schließt sich somit gemäß § 287 Abs. 2 ZPO dieser Bewertung an.
- 100 **(c) Umsatz durch anderweitige Verwendung der Gerüstbauteile ist irrelevant.**
- 101 Ob und inwieweit die Klägerin nach Beendigung des Vertrags mit der Beklagten Umsatz durch die anderweitige Verwendung der Gerüstbauteile erzielte, ist irrelevant. Die Überlassung von Gerüstbauteilen ist eine Aufwendung, die die Klägerin für den mietvertraglichen Leistungsteil des Vertrags tätigt, nicht aber für den werkvertraglichen, um dessen vorzeitige Beendigung es an dieser Stelle geht. Zudem sieht § 648 BGB vor, dass sich der Unternehmer nur den Erwerb anrechnen lassen muss, den er durch den anderweitigen Einsatz *seiner Arbeitskraft* erwirtschaftet. Bei den Gerüstbauteilen eines Gerüstbauers handelt es sich aber nicht um seine "Arbeitskraft", sondern sein Kapital, so dass hiermit eventuell erzielter anderweitiger Erwerb, auch aus diesem Grund bei der großen

Kündigungsvergütung außer Betracht zu bleiben hat (Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, § 648 BGB, Rn. 10).

102 **(d) Gewinnmarge der Klägerin beim Anschlussvertrag ist ebenfalls irrelevant**

103 Ebenfalls ohne Bedeutung ist, welchen Gewinn die Klägerin durch den anderweitigen Einsatz ihrer Arbeitskräfte im Rahmen des Anschlussvertrags über das Gerüst O-Straße erzielte. Es ist unstreitig, dass die Klägerin von ihrem neuen Vertragspartner, der das aufgebaute Gerüst übernahm, eine Vergütung erhalten hat. Es ist denkbar, dass diese Vergütung höher war als die 2,46 €/qm (= 30 % von 8,20 €/qm), die sich die Klägerin als anderweitigen Erwerb gegenüber der Beklagten abziehen ließ. Aber selbst wenn die Klägerin durch den Einsatz ihrer kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräften anderweitig Umsätze erzielte – hier, in dem sie den gegenüber der Beklagten entfallenden Abbau des Gerüsts gegenüber einem neuen Vertragspartner durchführte und abrechnete – muss sie sich diesen Umsatz nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen, die ihr durch den Ersatz der Arbeitskräfte für die Durchführung der weggefallenen Arbeiten im Rahmen des gekündigten Vertrages entstanden wären. Denn die große Kündigungsvergütung nach § 648 BGB zielt darauf ab, den Unternehmer so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag vollständig durchgeführt worden wäre. Daraus folgt, dass ihm der Gewinn, den er dann erzielt hätte, in vollem Umfang erhalten bleiben muss. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn er sich den anderweitigen Erwerb, den er mit seinen Arbeitskräften erzielt, nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen muss, die ihm durch den Einsatz dieser Arbeitskräfte im Rahmen des beendeten Vertrages entstanden wären, also bis zur Höhe des Faktors A in der oben genannten Formel $AWE = T \times A$. Müsste sich der Unternehmer anderweitigen Erwerb auch über die Kosten der Arbeitskräfte beziehungsweise den A-Wert hinaus anrechnen lassen, könnte dies nur zu Lasten des in der Kündigungsvergütung enthaltenen Gewinns geschehen, sodass ihm dieser nicht ungeschmälert erhalten bliebe (vgl. näher zum A-Wert: Retzlaff, BauR 2023, 1170 ff).

104 Die Orientierungsgröße für den anderweitigen Erwerb der Klägerin ist deshalb nicht die Vergütung, die sie für den Gerüstabbau von ihrem neuen Vertragspartner erhalten hat, sondern es sind die Kosten, die ihr durch ihre Arbeitskräfte entstanden wären, wenn Sie den Abbau gegenüber der Beklagten erbracht hätte. Wie bereits erwähnt erachtet es das Berufungsgericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO für sachgerecht und angemessen, diese Kosten mit 30 % der betreffenden Grundpauschale zu veranschlagen.

105 **c) Sonstige Einwendungen der Beklagten**

106 Die sonstigen Einwendungen, die die Beklagte gegen die Vergütungsforderung der Klägerin aus dem Gerüstbau Vertrag O-Straße vorbringt, sind ebenfalls unbegründet. Es kann auf die Ausführungen zum Gerüstbauvertrag S-Straße verwiesen werden.

107 **3. Berechnung der Hauptforderung**

108 Somit ermittelt sich die Höhe der Klageforderung wie folgt:

109	Bauvorhaben S-Straße:	32.122,59 €
	Bauvorhaben O-Straße:	140.502,37 €
	Summe:	172.624,96 €

110 **4. Zinsen**

111 Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280, 286, 288 Abs. 2 BGB.

112 **5. Nebenentscheidungen**

113 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

114 Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.