

Werbung auf Baugerüsten

Arnold F. Rusch, PD Dr., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich/Freiburg

Wer ein Haus bauen oder renovieren lässt, benötigt ein Baugerüst. Dieses ist Quelle grosser Einnahmen, wenn man darauf Werbung platzieren kann. Doch wem gehören diese Einnahmen – dem Unternehmer, dem Gerüstbauer oder dem Bauherrn?

Mit Werbung lässt sich nicht bloss das Gerüst verbilligen. An besonders guten Lagen kann man mit Werbung auf Baugerüsten vielleicht sogar die Renovation mitfinanzieren.¹ Sicher ist es empfehlenswert, diese Einnahmen mit einem Vertrag dem Bauherrn, dem Gerüstbauer oder dem Unternehmer zuzuweisen. Ohne entsprechende Regelung könnte schnell ein Streit entstehen, wem die Einnahmen zustehen – dem Unternehmer, dem Gerüstbauer oder dem Bauherrn? Die nachfolgenden Überlegungen qualifizieren den Gerüstbauvertrag und analysieren diese Frage und die verschiedenen Parteikonstellationen, in denen der Bau eines Gerüsts erfolgt. Nähtere Betrachtung würde auch die öffentlich-rechtliche Seite der Gerüstwerbung verdienen. An dieser Stelle muss der Hinweis genügen, dass beispielsweise in der Stadt Zürich eine Bewilligungspflicht besteht und die Werbung diversen öffentlich-rechtlichen Einschränkungen und Abgaben unterliegt.²

I. Vertragsrechtliche Qualifikation des Gerüstbaus

Das separate Aufstellen und das Abmontieren des Gerüsts lässt sich als objektiv garantiefähiger Erfolg ohne Probleme dem Werkvertrag zuordnen, doch muss das Gerüst für eine *längere Zeit* dem Baufortschritt dienen. Die Rechtsprechung verneint den Dauer-Werkvertrag im Sinne der längeren Aufrechterhaltung eines Erfolgs.³ Einzig in BGE 113 II 264 ff., 266 ordnete das Bundesgericht den Vertrag über die Errichtung eines Baugerüsts für eine

Brücke dem Werkvertragsrecht zu, was Kritik erntete.⁴ Die Qualifikation als Werkvertrag ist nur beim *atypischen* Gerüstbauvertrag einschlägig, bei dem der Gerüstbauer mit eigenem oder dem Material des Bestellers ein Gerüst erstellt, das in dessen Eigentum übergeht.⁵ Für den *typischen* Gerüstbauvertrag erscheint die Annahme eines Innominatekontrakts als passend.⁶ Der Innominatekontrakt weist sicher Elemente des Werkvertrags (Auf- und Abbau) und der Miete (Zurverfügungstellung auf Dauer) auf. Ebenso passend wäre aber auch, alleine Miete anzunehmen.⁷ Der Auf- und Abbau des Gerüsts stellen dann nur *Nebenpflichten* dar. Die Ablehnung des Werkvertragsrechts hat positive Effekte, weil damit die kurze Prüfungs- und Rügefrist für Mängel und die kurze Verjährungsfrist wegfallen.⁸

II. Parteien

Der Gerüstbau betrifft meist drei Parteien – den Bauherrn, den Unternehmer und den Gerüstbauer. Der Gerüstbauer kann direkt mit dem Bauherrn einen Vertrag über den Gerüstbau schliessen. Muss der Bauunternehmer das Gerüst selber organisieren, schliesst der Gerüstbauer mit dem Unternehmer den Vertrag ab. Er ist dann Hilfsperson des Unternehmers bei der Erfüllung des Werkvertrags. Als vierte Partei tritt noch der Werbepartner hinzu, der entweder mit dem Bauherrn, dem Unternehmer oder dem Gerüstbauer einen Werbevertrag schliesst.

III. Zuweisung der Werbeeinnahmen

Die Werbeeinnahmen stehen in jeder Konstellation dem Bauherrn zu. Er kann auch jederzeit Werbung zulassen oder verbieten. Dies ist nicht einfach begründbar, gehört

⁴ Vgl. die Hinweise bei BGE 131 III 300 ff., 302.

⁵ Vgl. BGE 131 III 300 ff., 302.

⁶ Vgl. dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 323 ff., der Werkverträge von Dauer als Innominatekontrakte sieht. Mängel des Baugerüsts erfasst er einheitlich nach Mietrecht (N 359).

⁷ In diese Richtung weist für den typischen Gerüstbauvertrag BGE 131 III 300 ff., 302. Dies geschieht teilweise in Deutschland, vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11. Juli 1986 – 7 U 74/86, BeckRS 1986, 31006791; der BGH lässt die Frage zwischen Werkvertrag und Mietvertrag offen, vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1988 – VII ZR 367/87, NJW-RR 1989, 148, E. 2b; vgl. HARTWIG SPRAU im Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013, Einf. vor BGB 631 N 24, m.w.H.: «Bei Gerüsten öö ist Auf- und Abbau nach WerkVertragsR, Überlassung nach MietR zu behandeln (...).»

⁸ Vgl. Art. 367, 370, 371 Abs. 1 OR; vgl. die Anwendung der jetzt zweijährigen Frist auf Baugerüste im umstrittenen BGE 113 II 264 ff., 268.

* Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Freiburg.

¹ Vgl. GUDRUN PASSARGE, Werbung an Fassaden – Lukrative Sache für Hausbesitzer, Internet: <http://www.sueddeutsche.de/geld/werbung-an-fassaden-lukrative-sache-fuer-hausbesitzer-1.538133> (13. Juli 2013): «Werbung am Baugerüst ist lukrativ. [...] „Manch ein Hauseigentümer kann sich damit die komplette Renovierung finanzieren“, sagt Barzen. Der Geldsegen während der Bauarbeiten führt dazu, „dass manch ein Gerüst länger stehen bleibt als nötig“, [...]. „Es gab auch schon Fälle, in denen Gerüste aufgebaut wurden, ohne dass gebaut wurde.»

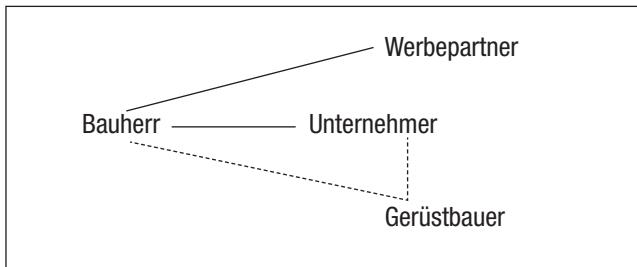
² Vgl. dazu die Informationsseite der Stadt Zürich mit weiteren Hinweisen auf Konzepte und Gesetze, Internet: http://www.stadt-zuerich.ch/hbd/de/index/bewilligungen_und_beratung/aussenwerbung.html (10. Juli 2013).

³ Urteil BGer 4C.69/2004, E. 3.1 und E. 4.

doch das Gerüst zumindest beim typischen Gerüstbauvertrag sachenrechtlich wegen der bloss temporären Verbindung zu jedem Zeitpunkt dem Gerüstbauer.⁹ Das Baugerüst muss nicht einmal unbedingt auf dem Boden des Bauherrn, sondern kann ebenso gut auf dem Nachbarsgrund stehen. Es entgehen dem Bauherrn indes eigene Verwertungsmöglichkeiten, wenn sich der Gerüstbauer oder der Unternehmer die *Werbewirkung der erstellten oder künftigen Fassade* aneignet. Dieses Geschäft gehört zur Sphäre des Bauherrn. Die Verwertungsmöglichkeit der Fassade ist diesem zugewiesen. Dabei ist nicht entscheidend, dass die Werbewirkung auf dem Gerüst und nicht auf der Fassade selbst erzielt wird. Entscheidend ist die *Werbewirkung des erstellten oder noch zu erstellenden Hauses und seiner Fassade an sich*, als Projektionsfläche, unabhängig davon, von wo und wohin die Werbung ihre Effekte abbildet: *ohne Fassade kein Gerüst, ohne Bau kein Gerüst*. Auch wenn man mit einem Projektor von einem anderen Grundstück aus Werbebotschaften auf eine Hausfassade projiziert und dabei das Haus nicht einmal berührt, hat man die Verwertungsmöglichkeit der Fassade genutzt.

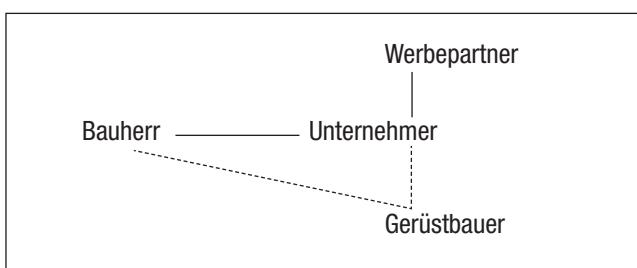
IV. Lösungsansätze

A Vertragsschluss zwischen Bauherr und Werbepartner



Diese Konstellation ist unproblematisch, weil die Erträge der Person zufließen, der sie auch zustehen. Bei dieser Sachlage spielt es keine Rolle, ob der Gerüstbauer das Gerüst dem Unternehmer oder dem Bauherrn versprochen hat.

B Vertragsschluss zwischen Unternehmer und Werbepartner



⁹ Vgl. BGE 136 III 6 ff., 11.

Bei dieser Konstellation erhält der Unternehmer Erträge, die eigentlich dem Bauherrn zustehen. Als Korrektiv denkbar sind zwei Lösungsansätze, auf die sich der Fokus nachfolgend richtet. Auch hier ist es egal, wem der Gerüstbauer das Gerüst versprochen hat.

1. Anrechnung bei Aufwandshonorar

Haben der Bauherr und der Unternehmer ein Aufwands-honorar gemäss Art. 374 OR abgemacht, so wäre die Anrechnung der dem Unternehmer zugeflossenen Einnahmen aus der Gerüstwerbung angezeigt. Dennoch ist dieser Ansatz nicht überzeugend, weil er *erstens* nur diese eine Vergütungsform erfasst und *zweitens* nicht berücksichtigt, dass die Einnahmen aus der Gerüstwerbung die Kosten des Gerüsts auch überschreiten können, was die Qualifikation des Vertrags aus dem Ruder bringt.¹⁰

2. Analoge Anwendung des Art. 400 OR

Wenn ein Arzt ein gebrochenes Bein in einem Gips mit Werbeaufdruck befestigt, müsste er die Einnahmen nach Art. 400 Abs. 1 OR dem Patienten herausgeben. Ohne Herausgabepflicht hätte der Patient keine Gewähr, den optimalen Gips für die optimale Dauer zu erhalten. Dasselbe muss für ein Haus gelten, wenn zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer nicht wie beim Arzt ein Auftrag, sondern ein Werkvertrag besteht. Der Bauherr hätte ohne Herausgabepflicht keine Gewähr, dass er das optimal passende Gerüst erhält. Das möglicherweise *überdimensionierte* Gerüst würde vielleicht *zu lange* dort stehen, um den Einnahmenfluss nicht zu stoppen. Das Werkvertragsrecht kennt keine eigene Ablieferungspflicht. Dies irritiert umso mehr, als diverse Tätigkeiten, je nach Lehrmeinung und aktueller Rechtsprechung, sehr wohl zu beiden Vertragsformen passen würden. Es wäre deshalb wünschenswert, Art. 400 Abs. 1 OR auch beim Werkvertrag *analog* anzuwenden. Rechtsvergleichend lässt sich ein Argument dafür in Deutschland finden, wo § 675 Abs. 1 BGB für Werkverträge über Geschäftsbesorgungen auf mehrere Normen des Auftragsrechts verweist, nicht zuletzt auch auf die in § 667 BGB statuierte Ablieferungspflicht.¹¹

¹⁰ Vgl. die ähnliche Diskussion zum Eigentum am Aushub bei Bauarbeiten als Teil der Vergütung bei GAUCH (zit. in Anm. 6), Werkvertrag, N 326 Fn. 728 und N 550; vgl. dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 2004 – 5 U 56/03 in BeckRS 2004, 12511.

¹¹ Vgl. FRANK PETERS/FLORIAN JACOBY, Staudingers Kommentar zu § 631 ff. BGB, Berlin 2008 (zit. STAUDINGER-PETERS/JACOBY), vor § 631 ff. N 60 ff., insb. 62. Dazu wäre notwendig, den Gerüstbau als Geschäftsbesorgung zu qualifizieren, was die neuere Lehre zulässt (vgl. STAUDINGER-PETERS/JACOBY, vor BGB 631 ff. N 47; vgl. PETER W. HEERMANN, Münchener Kommentar zu § 675 BGB, München 2012 [zit. MK-HEERMANN], BGB 675 N 10). Die Rechtsprechung sieht eine Geschäftsbesorgung nur dann, wenn das Geschäft zum *bestehenden Aufgabenkreis* des Geschäftsherrn gehört, was für die Renovation oder den Bau eines Hauses zutrifft – die Rechtsprechung

Die analog anwendbare Herausgabepflicht, die sich auch durch eine grosszügige Auslegung der in Art. 364 Abs. 1 OR statuierten *Sorgfalt- und Interessenwahrungs-pflicht* begründen liesse,¹² umfasst alle Werte, die der Beauftragte von Dritten in einem *inneren Zusammenhang mit der Mandatsführung* erlangt.¹³ Die Werbeeinnahmen entstehen durch eine Vermarktung des Gerüsts als Werbefläche. Dies erfolgt nicht bloss *bei Gelegenheit*, sondern steht *in unmittelbarem Zusammenhang* mit dem Bau oder der Renovation des Hauses. Die innere Stimmigkeit der analogen Anwendung des Art. 400 Abs. 1 OR zeigt sich ebenfalls bei der *Verhinderung von Interessenkonflikten*, der diese Norm zuvorderst dient.¹⁴ Muss der Unternehmer nichts abliefern, könnte dies für den Besteller negative Konsequenzen zeitigen. Das Gerüst könnte zur Maximierung der Werbeeinnahmen überdimensioniert sein, zu lange stehen bleiben¹⁵ oder nachts mit einer grellen Beleuchtung die dahinter lebenden Einwohner stören. Passend dazu erscheint die Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, die nur einen bewussten Verzicht auf die Herausgabe *en connaissance de cause* zulässt.¹⁶ Optimal ergibt sich daraus auch die Lösung der Verjährungsfrage.¹⁷ Es besteht einzig die Gefahr, dass bei bestehender Ablieferungspflicht der Anreiz des Unternehmers fehlt, lukrative Werbung für das Gerüst zu suchen. Eine Pflicht dazu liesse sich mit der *Interessenwahrungs- und Treue-pflicht* gestützt auf Art. 364 Abs. 1 OR dennoch begründen.¹⁸

definiert die Geschäftsbesorgung als selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 1966 – VII ZR 120/65 in NJW 1966, 1452 ff., 1454). Es ist dann das Recht des Haus-eigentümers, einen Werbepartner zu suchen und auszuwählen. Auch steht es ihm zu, diese Aufgabe dem Unternehmer anzuvertrauen.

¹² Vgl. die Angaben in Fn. 18, insb. THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Teilband V2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-BÜHLER), OR 364 N 34: «*Er darf von Dritten, namentlich von Unterlieferanten, keine Vergünstigungen entgegennehmen (...)*»

¹³ Vgl. Urteil BGer 4A_127/2012, E. 4.2.

¹⁴ Vgl. BGE 132 III 460 ff., 466 und Urteil BGer 4A_127/2012, E. 5.3., 5.6., 6.3.

¹⁵ Dies scheint eine Gefahr zu sein (vgl. Fn. 1), doch besteht auch ein Interesse, ein Gerüst nicht zu lange stehen zu lassen, weil hinter dem Gerüst lebende Mieter einen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung haben könnten, vgl. dazu die Beispiele und Hinweise bei RICHARD PERMANN, Kommentar Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 2007, OR 259d N 6 und die Hinweise bei http://justice.geneve.ch/tdb/pjdoc/tableau_259d_co.html (14. Juli 2013, mit mehreren Beispielen zu «échafaudage»).

¹⁶ Vgl. Urteil BGer 4A_127/2012, E. 6.3.

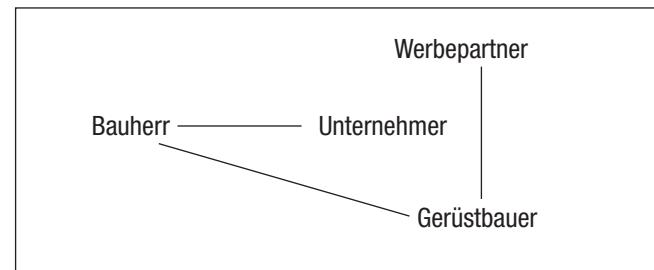
¹⁷ Vgl. zur Verjährung SCHALLER JEAN-MARC, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, Jusletter 3. Dezember 2012, N 8, 12 (10 Jahre ab Mandatsbeendigung); a.M. PASCAL PICHONNAZ/FRANZ WERRO/BÉATRICE HURNI, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, AJP 2013, 887 ff. (5 Jahre ab Zahlung durch den Dritten).

¹⁸ BGE 129 III 604 ff., 610 f.; vgl. Urteil BGer 4C.88/2005, E. 2; vgl. BGE 96 II 58 ff., 61; vgl. GAUCH (zit. in Anm. 6), Werkvertrag, N 820; vgl. BSK-ZINDEL/PULVER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM VOGL P./WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK-VERFASSER), OR 364 N 25 ff.; vgl. ZK-BÜHLER (zit. in Anm. 12), OR 364 N 34 f.; vgl. EUGEN BUCHER, OR Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 206, der eine Treuepflicht von Fall zu Fall bejaht; in Deutschland gehört zum Verweis ins Auftragsrecht auch die *Interessenwahrungs-pflicht*, die auf § 662 BGB gründet, vgl. MK-HEERMANN (zit. in Anm. 11), BGB 675 N 13 und MICHAEL

Dieselben Überlegungen gelten, wenn der Unternehmer das Gerüst für *eigene Werbung* missbraucht, sei es Werbung für die Bauunternehmung oder Wahlwerbung für den Patron der Bauunternehmung. Er hat dann durch die Vertragsausführung *die Nutzung des Gerüsts für eigene Zwecke und damit Gebrauchsvoorteile erlangt*, was ebenfalls unter die Herausgabepflicht fällt – Art. 400 OR setzt nicht voraus, dass man etwas von *Dritten* erlangt, sondern dass alle Vermögensvorteile dem Auftraggeber zukommen.¹⁹ Schwierig ist einzig, dieser Nutzung einen Wert beizumessen.

C Vertragsschluss zwischen Gerüstbauer und Werbepartner

1. Gerüstbauer verspricht das Gerüst dem Bauherrn



Verspricht der *Gerüstbauer* das Gerüst direkt dem *Bauherrn*, ist darauf Mietrecht anwendbar (siehe vorne). Deshalb drängt sich eine Parallele zur *Doppelvermietung* auf. Der Gerüstbauer vermietet das Gerüst, will aber daraus mit der Werbung Gewinn ziehen, obwohl diese Verwertungsmöglichkeiten eigentlich dem Mieter gehören würden. Ein passendes Bild dafür wäre die Vermietung einer freien Wohnung mit bereits anderweitig vermieteter Garage.²⁰ Es ist eine teilweise, subjektive und verschuldete Unmöglichkeit. Richtig wäre deshalb die Anwendung des Art. 97 Abs. 1 OR auf die Werbemöglichkeiten des Gerüsts. Nach neuerer Lehre kommen die Verzugsregeln zur Anwendung (hier als Teilverzug, Art. 258 Abs. 1 i.V.m. 107 ff. OR).²¹ Denkbar wäre aber auch die Anwendung

MARTINEK, Staudingers Kommentar zu § 662 BGB, Berlin 2006, BGB 662 N 26.

¹⁹ Vgl. FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), OR 400 N 1.

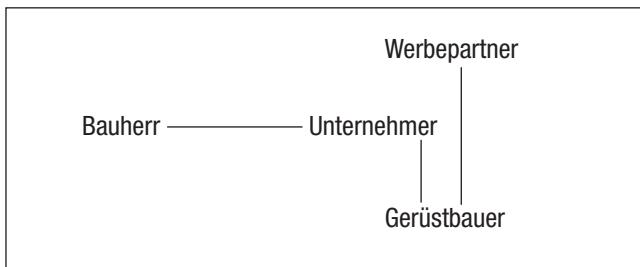
²⁰ Spiegelbildlich ebenso passend ist das Bild der Miete eines Parkplatzes, auf dem der Mieter nicht bloss sein Fahrzeug abstellt, sondern auch noch zum Verkauf anbietet und dafür (oder auch für andere Güter) Werbung macht. Dies überschreitet das Gebrauchsrecht des Parkplatzmieters und stellt in der verwaltungsrechtlichen Terminologie eine Sondernutzung dar (vgl. BGE 77 I 279 ff., 288 f.; vgl. Oberverwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 18. September 1992 – OVG BERLIN 19920918, Aktenzeichen 1 S 67.92, BeckRS 1992, 09632; BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2001 – 4 StR 93/01, NJW 2002, 1280 ff.; vgl. STEPHAN SMITH, Negativ-Graffiti, Sprühschablonen & Co., NWZ 2012, 1001 ff., 1001 f., m.w.H.).

²¹ Vgl. CHK-HEINRICH, in: AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK-VERFASSER), OR 258 N 5, m.w.H.; vgl. BGE 117 II 71 f., 72.

des Art. 258 Abs. 2 i.V.m. 259e OR.²² Die Folge ist immer dieselbe, so man die Wahlrechte richtig wählt. Der Bauherr als Mieter des Gerüsts erhält den entgangenen Gewinn als Schadenersatz.

Gleich zu behandeln ist der Fall, bei dem der Gerüstbauer Werbung für eigene Zwecke macht, ohne einen Werbepartner einzuschalten. Der entgangene Gewinn des Bauherrn ist der Betrag, der dem Wert der Werbung entspricht.

2. Gerüstbauer verspricht das Gerüst dem Unternehmer



Bei dieser Konstellation besteht kein Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Gerüstbauer. Der Gerüstbauer erhält Einnahmen, die dem Bauherrn zuständen. Wie kann der Bauherr diese herausverlangen? Denkbar sind mehrere Ansätze.

Analoge Anwendung von Art. 399 Abs. 3 OR

Ein etwas gewagter, aber durchaus vertretbarer Ansatz liegt in der analogen Anwendung von Art. 399 Abs. 3 OR.²³ Die Analogie besteht *erstens* darin, dass der Unternehmer den Gerüstbau «substituiert» – er delegiert einen Teil der von ihm zu erbringenden Leistungen an einen Dritten – und *zweitens*, dass diese Regeln eigentlich nur beim Auftrag Anwendung finden. Bei der Substitution entsteht für den Auftraggeber ein Direktanspruch gegen den Substituten, hier also den Gerüstbauer. Der Direktanspruch bei der Substitution umfasst auch die Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR,²⁴ deren analoge Anwendung ich schon oben bejaht habe. Verneint man diesen Ansatz, verbleiben keine weiteren vertraglichen Lösungen.²⁵

Geschäftsführung ohne Auftrag

Ein anderer, zum obigen vertragsrechtlichen Ansatz nicht kompatibler Lösungsvorschlag liegt darin, die nicht geregelte Ausbeutung des Gerüstbaus für Werbezwecke als *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu erfassen. Nachteilig wäre dieser Anspruch wegen der *kurzen Verjährungsfrist* von einem Jahr (Art. 60 OR).²⁶ Es wäre eine unechte, bösgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag, weil sie *wissentlich* und mit *egoistischer Absicht* geschieht (Art. 423 Abs. 1 OR). Es muss sich dabei *erstens* um die Einmischung in ein fremdes Recht ohne Fremdgeschäftsführungswillen handeln.²⁷ Dieses Geschäft gehört, wie oben gezeigt, zur Sphäre des Bauherrn. Die Verwertungsmöglichkeit der Fassade ist diesem zugewiesen.²⁸ Der Fremdgeschäftsführungswillen fehlt, weil der Geschäftsführer die Werbeeinnahmen für sich selbst erzielen will. Für diese Handlung hat er *zweitens* keinen vertraglichen oder gesetzlichen Rechtfertigungsgrund, was deren *Widerrechtlichkeit* begründet.²⁹ Zwischen der angemessenen Geschäftsführung und dem dadurch erzielten Gewinn steht *drittens* eine natürliche und adäquate Kausalität.³⁰ Die Anmassung ist *conditio sine qua non* des dadurch erzielten Gewinns, dessen Eintritt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten ist. Die Bösgläubigkeit als *vierte* Voraussetzung liegt vor, wenn er um die Widerrechtlichkeit der Anmassung weiß und damit ein Verschulden vorliegt.³¹ Ohne dieses Verschulden verbleibt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, auf den sich der Fokus der nachfolgenden Überlegungen richtet.

Ungerechtfertigte Bereicherung

Ein mit dem GoA-Ansatz konkurrierender³² Lösungsvorschlag liegt in der ungerechtfertigten Bereicherung in der Form der Eingriffskondiktion. Der Gerüstbauer hat *sine causa* etwas erlangt, ohne dabei dem Bauherrn Schaden zuzufügen oder diesen entsprechend zu entreichern.³³

²² Vgl. das Beispiel bei AG Lichtenberg, Urteil vom 29. Mai 2002 – 7 C 570/01, NZM 2003, 714 f., 716. Der Vermieter hat denselben Rollstuhl-Ablageraum zu zwei verschiedenen Wohnungen mitvermietet. Es geht folglich um eine *partielle Doppelvermietung*.

²³ Die h.L. in Deutschland wendet die Substitutionsregeln auch beim Werkvertrag an, vgl. MK-HEERMANN (zit. in Anm. 11), BGB 675 N 24, m.w.H.

²⁴ Vgl. BK-FELLMANN (zit. in Anm. 19), OR 399 N 101 und CHK-GEHRER/GIGER (zit. in Anm. 21), OR 399 N 27.

²⁵ Denkbar wäre allenfalls noch die Qualifikation des Gerüstbauvertrags als *Mietvertrag zugunsten Dritter* – der Unternehmer schliesst einen Mietvertrag zugunsten des Bauherrn ab. Aus dieser Konstruktion könnte ein Klagerecht des Dritten, also des Bauherrn, entstehen (Art. 112 Abs. 2 OR).

²⁶ Vgl. CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 22; vgl. BGE 126 III 382 ff., 387.

²⁷ Vgl. CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 4.

²⁸ Vgl. zur Zuweisungstheorie CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 6. *E contrario* könnte man auch argumentieren, dass die Erlaubnis, ein Gerüst aufzustellen, nur den unmittelbaren Gerüstzweck abdeckt (vgl. dazu die ähnliche Diskussion, ob ein Durchleitungsrecht für Hochspannungsstrom auch die Durchleitung von Daten erlaubt, was das Bundesgericht verneint hat [BGE 132 III 651 ff., 656]).

²⁹ Vgl. zur Widerrechtlichkeit CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 10.

³⁰ Vgl. zur Kausalität CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 10a.

³¹ Vgl. zur Bösgläubigkeit CHK-HUGUENIN/JENNY (zit. in Anm. 21), OR 423 N 11.

³² Vgl. BSK-SCHULIN (zit. in Anm. 18), OR 62 N 40; vgl. CHK-HAHN (zit. in Anm. 21), OR 62 N 33.

³³ Vgl. dazu BSK-SCHULIN (zit. in Anm. 18), OR 62 N 8; vgl. den Anspruch in LG Düsseldorf, Urteil vom 2. August 2007 – 5 O 82/07 in BeckRS 2008, 20412, wobei dort ein anderer Fall zur Beurteilung stand. Es ging um die Gerüstwerbung, die auf ein anderes Grund-

Nach der Zuweisungstheorie³⁴ ist die Verwertung der Werbewirkung der Fassade dem Bauherrn zugeordnet und die daraus erzielte Bereicherung deshalb dem Bauherrn zu erstatten. Gemäss Art. 62 OR ist nicht eine Gewinnabschöpfung geschuldet, sondern Wertersatz für

stück ragte. Dieser Grundeigentümer, der der Nutzung seines Grundstücks für die Werbung nicht zustimmte, konnte erfolgreich die Eingriffskondiktion geltend machen; vgl. den Übungsfall bei WANDT MANFRED, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl., München 2012, 113.

³⁴ Vgl. dazu CHK-HAHN (zit. in Anm. 21), OR 62 N 23.

die Nutzung als Werbeträger.³⁵ Beide Werte dürften vorliegend ungefähr gleich hoch sein. Gleich nachteilig wie bei der GoA fällt die kurze Verjährungsfrist ins Gewicht (Art. 67 OR).

Es ergibt sich bei allen drei Lösungsansätzen (Substitution, GoA, Kondiktion) keine unterschiedliche Lösung, wenn der Gerüstbauer Werbung *in eigener Sache* am Gerüst anbringt. Herauszugeben ist der *Wert der Werbenutzung*.

³⁵ Vgl. CHK-HAHN (zit. in Anm. 21), OR 62 N 33.