# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 131/09

Verkündet am:
21. April 2010
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 536a, § 275 Abs. 2

a) Der Mieter hat keinen Anspruch auf Kostenvorschuss für Maßnahmen, die zur nachhaltigen Mangelbeseitigung ungeeignet sind.

b) Zum Ausschluss des Mangelbeseitigungsanspruchs des Mieters wegen Überschreitens der "Opfergrenze" für den Vermieter (Fortführung von BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284).

BGH, Urteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 131/09 - LG Dresden
AG Dresden

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 22. April 2009 aufgehoben.

Die Klägerin wird verurteilt an die Beklagte 53.442,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 47.576 € seit dem 11. Juni 2009 zu zahlen.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an einem Reihenhaus in Dresden. Sie mietete das Haus mit Vertrag vom 2. Mai 1988 von dem VEB Gebäudewirtschaft Dresden, dem Rechtsvorgänger der Beklagten. Das Eigentum an dem Grundstück ging aufgrund des Einigungsvertrags im Oktober 1990 auf die Stadt Dresden über, die eine Teilfläche Ende Juni 1991 auf die Beklagte übertrug und diese im Übrigen mit der Verwaltung beauftragte. Die Grundmiete beträgt seit dem 1. Januar

1997 monatlich 351,87 €. Mit Schreiben vom 23. Juni 2006 verzichtete die Beklagte gegenüber der Klägerin im Zusammenhang mit der Privatisierung des Wohnungsbestandes der Stadt Dresden im Rahmen der "Dresdner Sozialcharta" auf das Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarfs und wegen Hinderung an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Mietobjektes.

2 Das etwa in den Jahren 1965 bis 1975 errichtete Haus weist an den Innen- und Außenwänden erhebliche Risse auf. Damit zusammen hängen Schäden am Schornstein und am Dach sowie an Fenstern und Türen. Die Beklagte hat seit August 1995 Kenntnis von diesen Mängeln. Bereits seit dem Jahr 1990 bemühte sich die Klägerin um einen Ankauf der Immobilie. Sie bot der Beklagten im Rahmen eines von dieser durchgeführten Ausschreibungsverfahrens mit Schreiben vom 26. Oktober 2000 an, das Objekt auf der Grundlage eines von ihr in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens "zum gutachterlichen Verkehrswert zuzüglich 5.000 DM, mindestens aber DM 160.000, vorbehaltlich meiner Mieterrechte, zum halben Verkehrswert zu erwerben". Die Beklagte lehnte das Angebot mit Schreiben vom 13. November 2000 mit der Begründung ab, dass die Klägerin nicht zu den Höchstbietern gehöre, und gab der Klägerin Gelegenheit, ein erneutes Gebot abzugeben. Die Klägerin blieb in ihrem Schreiben vom 29. Januar 2001 bei ihrem Angebot. Daraufhin lehnte die Beklagte das Kaufangebot mit Schreiben vom 13. Februar 2001 unter Hinweis auf wesentlich höhere Angebote anderer Interessenten endgültig ab.

3 Die Klägerin verlangte mit Schreiben vom 7. September 2001 erstmals die Beseitigung der Mängel. In den folgenden Jahren wiederholte sie die Aufforderungen. Nachdem es im Jahr 2002 zu Wassereinbrüchen gekommen war, ließ die Beklagte am 10. März 2004 das Haus von einem Sachverständigen besichtigen und Notreparaturen am Dach durchführen; ferner wurde die Decke

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

im Vorraum des Hauses ausgebessert. Das von der Beklagten beauftrage Ingenieurbüro S. brachte am 10. März 2005 Prüfplaketten an den Wänden des Hauses an, um die Rissbildung zu verfolgen.

4 Die Klägerin legte der Beklagten mit Schreiben vom 25. September 2007 ein Gutachten des Architekturbüros K. vom 24. August 2007 vor und drohte an, Klage zu erheben, wenn die Beklagte nicht innerhalb von zehn Tagen anerkenne, dass die Schäden zu beseitigen seien, und entsprechende Vorschläge unterbreitet würden. Der Gutachter, der auftragsgemäß keine Untersuchung der Ursache für die festgestellten Schäden durchgeführt hatte, bezifferte die Kosten für eine Beseitigung der Risse mit Kunstharzmasse und die Reparatur der übrigen Schäden einschließlich der erforderlichen Vor- und Nacharbeiten auf 47.546 €, wies aber darauf hin, dass es vor Beginn dieser Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen.

5 Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 2. Oktober 2007, dass eine Risssanierung ohne dauerhaften Erfolg wäre, wenn weitere Setzungserscheinungen aufträten. Sie bat die Klägerin, derzeit von einer Klage abzusehen, und bot ab 1. Oktober 2007 eine Mietminderung um 20 % - monatlich 98,95 € - an, die von der Klägerin in der Folgezeit in Anspruch genommen wurde. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2007 teilte die Beklagte ergänzend mit, dass die Auswertung der neu gesetzten Gipsplomben bis zum 15. Februar 2008 erfolgen werde. Sollten keine oder nur noch geringfügige Setzungserscheinungen vorhanden sein, werde die Sanierung umgehend in Auftrag gegeben; werde jedoch ein Fortschreiten der Rissbildung festgestellt, sei eine Risssanierung nicht erfolgversprechend. In diesem Fall werde bis zum 28. Februar 2008 ein Gutachten über die Ursachen in Auftrag gegeben. Erst wenn dieses Ergebnis vorliege, könnten Art und Umfang der notwendigen Arbeiten eingeschätzt werden.

6 Nachdem die Beklagte mit Schreiben der Klägerin vom 14. April 2008 vergeblich aufgefordert worden war, das Ergebnis der Auswertung mitzuteilen, hat die Klägerin Klage auf Zahlung von 47.576 € erhoben, um mit diesem Betrag die in dem Gutachten des Architekturbüros K. vorgesehenen Arbeiten durchführen zu lassen; außerdem begehrt sie die Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten. Die Klägerin hat behauptet, dass sich die Mängel des Hauses durch die im Gutachten K. aufgeführten Maßnahmen beseitigen ließen, weil die Rissbildung abgeschlossen sei.

7 Die Beklagte hat demgegenüber behauptet, dass eine dauerhafte Beseitigung der Risse wie auch der weiteren Mängel mit einem Sanierungsaufwand von 47.576 € nicht möglich sei; ohne die Ursachen der Rissbildungen zu kennen und von Grund auf zu beseitigen, sei das im Gutachten K. beschriebene Verschließen der Risse mit einer Kunstharzmasse zwecklos. Die Beklagte bezieht sich insoweit auf das Gutachten des Ingenieurbüros S. vom 2. Mai 2007, demzufolge die Risse weiterhin in Bewegung sind. In dem Gutachten werden Mängel in der Standfestigkeit des Baugrundes als vorrangige Ursache für die Risse gesehen. In geringerem Maß kämen thermische Spannungen infolge unzureichender Wärmedämmung an Dach und Wand sowie Konstruktionsmängel des Gebäudes als Ursachen hinzu. Um Klarheit hinsichtlich der Art und des Umfanges der Sanierung des Gebäudes zu erhalten, seien umfangreiche Baugrunduntersuchungen sowie Untersuchungen der Dachkonstruktion und des Ringankers sowie des Wärmedämmverhaltens des Gebäudes unbedingt notwendig. Die Standsicherheit des Gebäudes sei gegenwärtig gegeben; für den Gesamtzustand des Gebäudes sei es aber unbedingt notwendig, die Sanierung möglichst bald zu beginnen. Das Gutachten schließt mit der Feststellung, dass zur Behebung der Rissursachen mit großer Sicherheit Sanierungsmaßnahmen im Baugrund erforderlich sein würden. In welcher Art und welchem Umfang diese Maßnahmen notwendig seien, könne

erst nach den entsprechenden Untersuchungen festgestellt werden. Die notwendige Tiefe und Stärke von Unterfangungen könne nur in Abhängigkeit von der Lage der tragenden Bodenschicht festgelegt werden. Die Schätzung der Gesamtkosten für die Risssanierung könne ohne die Erkenntnisse aus dem Baugrund und die weiteren Untersuchungen am Bauwerk nicht festgestellt werden. Auf der Grundlage dieser Ausführungen schätzt die Beklagte die möglichen Sanierungskosten auf mindestens das Doppelte des von der Klägerin geltend gemachten Betrages, im ungünstigsten Fall auf etwa 170.000 €; den Verkehrswert des Hausgrundstücks gibt sie mit 28.000 € an.

8 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Die Beklagte begehrt mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision die Wiederherstellung des Urteils des Amtsgerichts und beantragt, die Klägerin zur Rückzahlung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Betrages von 53.442,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 47.576 € seit dem 11. Juni 2009 zu verurteilen.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat Erfolg.

I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die Klägerin habe gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB Anspruch auf Zahlung eines zweckgebundenen Vorschusses in Höhe der zu erwartenden Män-

gelbeseitigungskosten. Die Mietsache sei seit 1995 mit mehreren gravierenden Mängeln behaftet, die der Beklagten spätestens seit 1995 bekannt seien. Die Beklagte habe die Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt, weshalb sie sich mit der Mangelbeseitigung in Verzug befinde. Ein Fall der objektiven Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) liege nicht vor. Auch die Beklagte bestreite nicht die Möglichkeit der Mangelbeseitigung, sondern wende die Unwirtschaftlichkeit der Sanierung ein. Diesen Fall der behaupteten Überschreitung der "Opfergrenze" fasse die Rechtsprechung unter § 275 Abs. 2 BGB. Im vorliegenden Fall sei die Opfergrenze nicht überschritten. Dabei könnten die Angaben der Beklagten zu den Sanierungskosten und zum Verkehrswert des Grundstücks als wahr unterstellt werden. Auch bei einem groben Missverhältnis von Sanierungskosten und Verkehrswert verstoße es in mehrfacher Hinsicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich die Beklagte nunmehr auf eine Opfergrenze berufe.

12 Zum einen habe es die Beklagte zu einem Reparaturstau kommen lassen. Ihr seien die Mängel seit 1995 bekannt gewesen, ohne dass sie, von einer Notreparatur abgesehen, Reparaturmaßnahmen durchgeführt hätte. Zum anderen habe die Beklagte durch Kaufvertragsverhandlungen mit der Klägerin einen Vertrauenstatbestand geschaffen, aufgrund dessen die Klägerin einen Anspruch auf Mangelbeseitigung in Erwartung ihres Erwerbs aus nachvollziehbaren Gründen nicht forciert habe. Auch mit der Beauftragung des Gutachters, der die Rissbildungen über Jahre beobachtet habe und mit dem Schreiben vom 8. Oktober 2007, in dem eine Beseitigung der Mängel dem Grunde nach zugesagt worden sei, habe die Beklagte Umstände geschaffen, die die Klägerin davon abgehalten hätten, Mangelbeseitigungsmaßnahmen zu verlangen. Zum dritten verhalte sich die Beklagte auch deshalb treuwidrig, weil sie der Klägerin umfassenden Kündigungsschutz gewährt habe. Das Unterlassen von Mangelbeseitigungsmaßnahmen lasse diesen Kündigungsschutz leerlaufen, weil die Klägerin wegen der Mangelhaftigkeit und der zu erwartenden weiteren Ver-

schlechterung der Mietsache faktisch zum Auszug gedrängt sei. Schließlich halte die Kammer das Berufen auf ein grobes Missverhältnis von Sanierungskosten und Verkehrswert auch deshalb für treuwidrig, weil die Klägerin der Beklagten ein Kaufangebot unterbreitet gehabt habe, dessen Kaufpreis den beklagtenseits behaupteten Verkehrswert deutlich überschreite.

13 Die von der Klägerin auf der Grundlage des von ihr vorprozessual eingeholten Sachverständigengutachtens ermittelten voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten seien der Höhe nach von der Beklagten nicht in Abrede gestellt; diese behaupte vielmehr einen sogar darüber hinausgehenden Kostenaufwand. Ein bestimmtes Vorgehen zur Mangelbeseitigung könne die Beklagte der Klägerin nicht vorgeben, nachdem sie selbst eine Mangelbeseitigung ausdrücklich abgelehnt habe. Darüber hinaus habe die Klägerin Anspruch auf Ersatz der aus dem Streitwert entstandenen außergerichtlichen Anwaltskosten.

II.

14 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Klägerin kann der geltend gemachte Anspruch aus § 536a Abs. 2 BGB auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 47.556 € zur Durchführung der in dem Gutachten des Architekturbüros K. beschriebenen Arbeiten nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung zuerkannt werden. Damit entfällt auch der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Rechtsanwaltskosten.

15 Gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB kann der Mieter den Mangel der Mietsache selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Zu diesem Zweck kann der Mieter vom Vermieter die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Beseitigungskosten verlangen

(Senatsurteil vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432, Tz. 8; BGHZ 56, 136, 141). Diese Tatbestandsvoraussetzungen für den von der Klägerin geltend gemachten Vorschussanspruch liegen nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht vor.

16 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass es sich bei den Rissen an den Innen- und Außenwänden des Hauses und den damit zusammenhängenden weiteren Schäden am Schornstein und am Dach um gravierende Mängel der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB handelt. Dies ist zwischen den Parteien auch nicht im Streit.

17 2. Das Berufungsgericht hat aber verkannt, dass die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB für den von der Klägerin geltend gemachten Vorschussanspruch gegenwärtig nicht erfüllt sind, weil die Reparaturen, welche die Klägerin gemäß dem Gutachten des von ihr beauftragten Architekturbüros K. durchführen lassen will, nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vorbringen der Beklagten zwecklos sind, solange nicht die Ursachen der Rissbildung erforscht und beseitigt worden sind. Zwecklose Maßnahmen sind ungeeignet und damit nicht erforderlich im Sinne des § 536a Abs. 2 BGB. Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Opfergrenze (§ 275 Abs. 2 BGB) kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob sich die Beklagte mit der Mangelbeseitigung in Verzug befindet; auch wenn dies der Fall ist, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für ungeeignete Maßnahmen zur Mangelbeseitigung.

18 a) Verlangt der Mieter gemäß § 536a Abs. 2 BGB Kostenvorschuss für Maßnahmen, mit denen er die Mängel selbst beseitigen lassen will, so besteht ein solcher Anspruch nur dann, wenn die als Vorschuss verlangten Beseitigungskosten zur Mangelbeseitigung erforderlich sind (Senatsurteil vom 28. Mai

2008, aaO). Die Ersatzpflicht des Vermieters beschränkt sich danach auf die Aufwendungen, die der Mieter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für angemessen halten darf; darunter fallen lediglich solche Kosten, die nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig sind (Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 536a Rdnr. 32; vgl. zum Werkvertragsrecht: BGH, Urteile vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87, NJW-RR 1989, 86, unter II 3 c; vom 31. Januar 1991 - VII ZR 63/90, NJW-RR 1991, 789, unter II 2). Erforderlich in diesem Sinn können Beseitigungskosten nur sein, wenn die Maßnahmen, die der Mieter mit dem verlangten Vorschuss durchzuführen beabsichtigt, voraussichtlich zur Mangelbeseitigung geeignet sind. Davon kann nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden.

19 Die Revision rügt insoweit mit Recht, dass das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten übergangen hat, wonach die Rissbildung noch nicht abgeschlossen sei und aus diesem Grund das in dem von der Klägerin in Auftrag gegebenen Gutachten K. als Sanierungsmaßnahme vorgesehene Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse jedenfalls derzeit zwecklos sei. Dies wird auch in dem Gutachten K. selbst angedeutet, wenn es dort einschränkend heißt, dass auftragsgemäß keine Untersuchung der Ursache für die festgestellten Schäden durchgeführt worden sei und es vor Beginn der nachfolgend beschriebenen Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen. Übereinstimmend damit wird in dem von der Beklagten eingeholten Gutachten des Ingenieurbüros S. vom 2. Mai 2007 darauf hingewiesen, dass vorab Untersuchungen zu den Rissursachen unbedingt notwendig seien, um Klarheit insbesondere hinsichtlich der Art und des Umfangs der Sanierung des Gebäudes zu erhalten; zur Behebung der Rissursache seien mit großer Sicherheit Sanierungsmaßnahmen im Baugrund erforderlich. Aus beiden Gutachten ergibt sich

somit, dass es mit dem im Gutachten K. beschriebenen Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse nicht getan ist, wenn die Rissbildung, wie die Beklagte behauptet, noch nicht abgeschlossen ist. Daher müssen zunächst die Ursachen der Rissbildung geklärt und - wenn möglich - beseitigt werden. Erst dann kann eine Sanierung gemäß dem Gutachten K. in Angriff genommen werden. Ohne vorherige Klärung der Frage, ob die Rissbildung noch fortschreitet und worauf dies gegebenenfalls beruht, sind die im Gutachten K. vorgesehenen Maßnahmen zur nachhaltigen Mangelbeseitigung nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ungeeignet, weil mit ihnen der zweite Schritt vor dem ersten getan würde. Auch eine Teilsanierung - etwa die Beseitigung der rissebedingten Feuchtigkeitsschäden an Fenstern und Türen - ist nicht sachgerecht, solange nicht geklärt ist, worin die Ursache der Risse liegt und ob und mit welchem Aufwand sie beseitigt werden kann. Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Vorschusses zur Durchführung der im Gutachten K. vorgesehenen Arbeiten kann danach vor einer Klärung der vorgenannten Fragen nicht bejaht werden. Da somit bereits die Tatbestandsvoraussetzungen für den Anspruch aus § 536a Abs. 2 BGB hinsichtlich der Erforderlichkeit der Mangelbeseitigungskosten derzeit nicht erfüllt sind, kommt es nicht darauf an, ob der Einwand der Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung (§ 275 Abs. 2 BGB) durchgreift.

20 b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin einen Vorschuss zur Erforschung und gegebenenfalls Beseitigung der Ursachen für die Rissbildung verlangen könnte. Denn einen solchen Anspruch macht die Klägerin nicht geltend. Sie hat die Auffassung vertreten, dass es nicht ihre Aufgabe sei, die Ursache der Rissbildung begutachten zu lassen; das sei Sache der Beklagten. Dies trifft zwar für den Fall zu, in dem der Mieter vom Vermieter Mangelbeseitigung verlangt. Anders ist es dagegen, wenn der Mieter - wie hier - die Mangelbeseitigung selbst durchführen lassen will. Da der Mieter nur Anspruch auf Vorschuss

für solche Maßnahmen hat, die zu einer nachhaltigen Mangelbeseitigung geeignet sind, muss er die Mangelursache selbst feststellen lassen, wenn die Eignung der von ihm beabsichtigten Maßnahmen von der Ursache des Mangels abhängt. Ist der Mieter dazu nicht bereit oder nicht in der Lage, so hat er keinen Anspruch auf Kostenvorschuss für Maßnahmen, deren Eignung zweifelhaft ist.

21 3. Nicht gefolgt werden kann auch der Auffassung des Berufungsgerichts, dass es der Beklagten trotz einem - vom Berufungsgericht unterstellten - "rechnerisch krassen" Missverhältnis zwischen den Sanierungskosten und dem Verkehrswert des Mietobjekts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, sich gemäß § 275 Abs. 2 BGB darauf zu berufen, dass die Sanierung wegen unverhältnismäßig hoher Kosten für sie unzumutbar sei.

22 a) Der Senat hat entschieden, dass die Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels dort endet, wo der dazu erforderliche Aufwand die "Opfergrenze" überschreitet. Wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Doch darf kein krasses Missverhältnis entstehen zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits (Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284, unter II 2, m.w.N.; so bereits OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 849, 850; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343, 344; LG Dresden, NZM 2008, 165).

23 Danach lässt sich eine Überschreitung der "Opfergrenze" nicht aus einer bloßen Gegenüberstellung zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert herleiten; erforderlich ist eine Würdigung aller Umstände. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch ein etwaiges Verschul-

den des Schuldners zu berücksichtigen (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB); dies war bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987 - V ZR 140/86, NJW 1988, 699, unter III 2 b; vgl. auch OLG Hamburg, aaO).

24 Es besteht jedoch ein Zusammenhang zwischen der Frage, wie sich etwa die Sanierungskosten und der Verkehrswert "rechnerisch" zueinander verhalten, und der Frage, ob dem Vermieter die Beseitigung des Mangels unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen und eines etwaigen Verschuldens zugemutet werden kann. Je ungünstiger sich das Verhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert darstellt, desto gewichtiger müssen die entgegenstehenden Umstände sein, die es dem Vermieter trotz bestehendem Missverhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert verwehren sollen, sich auf den Einwand der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) zu berufen. Ein auffälliges Missverhältnis indiziert eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze. Im Extremfall kann dieses Indiz so stark sein, dass schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können. Das ist gemeint mit der vom Senat aufgegriffenen Formulierung, es dürfe kein "krasses Missverhältnis" entstehen (Urteil vom 20. Juli 2005, aaO, im Anschluss an OLG Karlsruhe, aaO; vgl. auch OLG Hamburg, aaO). Mit diesem Hinweis sollte aber, wie sich bereits aus dem Zusammenhang des Senatsurteils ergibt, nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass es nur auf das rechnerische Verhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert ankomme und weitere Umstände - etwa ein bereits nach § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berücksichtigendes Verschulden - von vornherein nicht maßgeblich wären.

25 b) Von diesen Grundsätzen geht auch das Berufungsgericht aus. Es unterstellt das Vorbringen der Beklagten als wahr, dass einem aktuellen Ver-

kehrswert des Hausgrundstücks von 28.000 € Sanierungskosten mindestens in der doppelten Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Vorschusses, das heißt in Höhe von etwa 95.000 €, ungünstigstenfalls sogar in Höhe von etwa 170.000 € gegenüber stünden, und verkennt nicht, dass damit - jedenfalls "rechnerisch" - ein "grobes" oder "krasses" Missverhältnis zwischen dem behaupteten Verkehrswert und der behaupteten Höhe der Sanierungskosten besteht. Das Berufungsgericht meint jedoch, dass auch bei einem solchen Missverhältnis die "Opfergrenze" im vorliegenden Fall nicht erreicht sei, weil die Beklagte sich auf das - zu unterstellende - Missverhältnis nach Treu und Glauben nicht berufen könne. Dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Revision rügt mit Recht, dass die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht die Annahme rechtfertigen, dass sich die Beklagte nach Treu und Glauben auch dann nicht auf den Einwand der Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung (§ 275 Abs. 2 BGB) berufen kann, wenn ihre Angaben zur voraussichtlichen Höhe der Sanierungskosten und zum Verkehrswert der Immobilie zutreffen sollten.

26 Zwar obliegt die Beurteilung, ob dem Vermieter die Mangelbeseitigung unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlich unzumutbar ist, dem Tatrichter (vgl. Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, Tz. 15, zur Mangelbeseitigung beim Kauf). Die tatrichterliche Würdigung kann aber vom Revisionsgericht daraufhin überprüft werden, ob ein Rechtsfehler der Art vorliegt, dass der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen nicht vollständig festgestellt und gewürdigt oder die allgemein anerkannten Maßstäbe nicht berücksichtigt oder nicht richtig angewandt hat (vgl. Senaturteil vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781, Tz. 19, m.w.N.). Ein solcher Rechtsfehler liegt hier vor.

27 aa) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne sich auf den Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB schon deshalb nicht berufen, weil sie es zu einem "Reparaturstau" habe kommen lassen und deshalb die Höhe der Sanierungskosten zu vertreten habe (vgl. dazu Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 BGB Rdnr. 504). Dieser Vorwurf ist nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht gerechtfertigt.

28 Die Revision rügt mit Recht, dass es bereits an Feststellungen des Berufungsgerichts dazu fehlt, dass der Sanierungsaufwand und die damit verbundenen Kosten zu einem früheren Zeitpunkt wesentlich niedriger gewesen wären. Davon ist auch nicht ohne Weiteres auszugehen, wenn die vom Berufungsgericht unterstellte Behauptung der Beklagten zutrifft, dass die Risse, wie in dem Gutachten S. ausgeführt, weiterhin in Bewegung sind und die wesentliche Ursache dafür in der mangelnden Tragfähigkeit des Baugrundes und in Konstruktionsmängeln des Gebäudes zu suchen ist. Denn dann bestanden die für die Rissbildung verantwortlichen Mängel, deren Beseitigung nur mit hohen Kosten möglich ist, schon seit der Errichtung des Gebäudes; sie sind nicht erst dadurch entstanden, dass die Beklagte auf das Beseitigungsverlangen der Klägerin nur zögerlich eingegangen ist.

29 bb) Auch verhält sich die Beklagte nicht deshalb treuwidrig, weil sie, wie das Berufungsgericht meint, durch die von ihr in Auftrag gegebene Begutachtung einen Vertrauenstatbestand geschaffen und der Klägerin im Schreiben vom 8. Oktober 2007 eine Sanierung "dem Grunde nach" zugesagt hätte, wodurch die Klägerin davon abgehalten worden sei, Mangelbeseitigung zu verlangen. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil eine solche Zusage dem Schreiben vom 8. Oktober 2007 nicht zu entnehmen ist; vielmehr heißt es dort, dass eine Risssanierung bei einem Fortschreiten der Rissbildung nicht erfolgversprechend sei und erst aufgrund des Ergebnisses einer dann erforder-

lichen Ursachenforschung Art und Umfang der notwendigen Arbeiten eingeschätzt und weitere Aussagen dazu getroffen werden könnten. Davon abgesehen ist die Klägerin weder durch die Begutachtung noch durch das Schreiben davon abgehalten worden, Mangelbeseitigung zu verlangen. Bereits seit dem Jahr 2001 verlangte die Klägerin Mangelbeseitigung. Dieses Verlangen führte gerade dazu, dass die Beklagte das Gutachten S. in Auftrag gab.

30 cc) Ebenso wenig lässt sich ein dem Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB entgegenstehender Verstoß der Klägerin gegen Treu und Glauben daraus herleiten, dass sich die Klägerin bis zum Jahr 2001 erfolglos um einen Ankauf des Hauses bemüht hat. Das Berufungsgericht legt nicht nachvollziehbar dar, aufgrund welcher Umstände die Klägerin bis zum Jahr 2001, als die Beklagte das Kaufangebot der Klägerin ablehnte, darauf hätte vertrauen dürfen, die Immobilie zu erwerben, und aus welchen Gründen ein insoweit vor dem Jahr 2001 etwa bestehender Vertrauenstatbestand auf Seiten der Klägerin dazu führen soll, der Beklagten die Berufung auf den Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB zu versagen. Einen Zusammenhang, der eine solche "Sanktion" rechtfertigen würde, vermag der Senat nicht zu erkennen.

31 dd) Schließlich ist auch nicht nachzuvollziehen, inwiefern der Umstand, dass die Klägerin der Beklagten im Jahr 2006 im Rahmen der Dresdner Sozialcharta umfassenden Kündigungsschutz gewährt hat, dem Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB entgegenstehen soll. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang meint, dass die Beklagte die Mangelbeseitigung unterlasse, um die Klägerin zum Auszug zu drängen, setzt die Berechtigung eines solchen Vorwurfs voraus, dass die Beklagte zur Mangelbeseitigung verpflichtet ist. Das Bestehen einer solchen Verpflichtung hängt aber davon ab, ob der Einwand aus § 275 Abs. 2 BGB durchgreift, darf also bei der Prüfung dieses Einwands nicht vorausgesetzt werden.

III.

32 Da die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Dies hat zur Folge, dass die Klägerin auf den von der Beklagten gestellten Antrag zu verurteilen ist, an die Beklagte den Betrag von 53.442,90 € zurückzuzahlen, den die Beklagte nach ihrem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht bestrittenen Vorbringen aufgrund des Berufungsurteils an die Klägerin gezahlt hat (§ 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 717 Abs. 3 Satz 4 ZPO in Verbindung mit §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

33 Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Klägerin hat unter Beweisantritt behauptet, dass die Rissbildung abgeschlossen sei und deshalb die vom Gutachter K. vorgesehenen Maßnahmen und der dafür veranschlagte Betrag von 47.576 € zur nachhaltigen Mangelbeseitigung erforderlich, aber auch ausreichend seien. Die Beklagte hat demgegenüber unter Beweisantritt behauptet, dass die Feststellungen des Sachverständigen S. zuträfen, nach denen die Risse weiter in Bewegung seien und insbesondere auch Sanierungsmaßnahmen im Baugrund erforderlich machten, und dass sich die Sanierungskosten deshalb auf mindestens das Doppelte des von der Klägerin geltend gemachten Betrages, ungünstigstenfalls auf 170.000 € beliefen; dem stehe nur ein Verkehrswert der Immobilie in Höhe von etwa 28.000 € gegenüber. Zu diesen Behauptungen hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Vom Ergebnis der durchzuführenden Beweisaufnahme hängt es ab, ob die Maßnahmen gemäß dem Gutachten K. , zu deren Durchführung die Klägerin Vorschuss verlangt, zur nachhaltigen Mangelbeseitigung geeignet sind, wie sich das Verhältnis von Sanierungskosten und Verkehrswert der Immobilie tatsächlich darstellt und ob es der Beklagten unter Berücksichtigung

dieser und der weiteren Umstände zugemutet werden kann, die Mängel zu beseitigen.

Ball Dr. Frellesen Dr. Milger

Dr. Achilles Dr. Schneider

Vorinstanzen:
AG Dresden, Entscheidung vom 05.09.2008 - 141 C 2898/08 -
LG Dresden, Entscheidung vom 22.04.2009 - 4 S 479/08 -