



Wenn der Mieter die Miete mindert

## Was ist der kündigungsrelevante Rückstand?

Gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kann der Vermieter fristlos kündigen, wenn der Mieter sich für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils in Verzug befindet oder in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Auf welche Miete ist aber abzustellen, wenn die Miete wegen eines Mangels gemindert ist?

Von RA FRANK JABLONSKI

Das Problem soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Die vereinbarte Miete beläuft sich auf 600 €/ mtl. Der Mieter mindert die monatliche Miete – zu Recht – um 300 € monatlich, so dass eine Mietrestschuld in Höhe von 300 €/ mtl. verbleibt. Der Mieter zahlt jedoch auch den Betrag von 300 € monatlich nicht. Muss der Vermieter nun bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung warten, bis für vier Monate überhaupt kein Mietzins gezahlt wurde, also auf der Grundlage der geminderten Miete ein Rückstand von 1.200 € erreicht ist, oder kann er möglicherweise bereits kündigen, wenn für zwei Monate der nach der Minderung verbleibende Betrag nicht vollständig gezahlt ist?

Allgemein wird ohne nähere Begründung offensichtlich davon ausgegangen, dass das Kündigungsrecht erst dann besteht, wenn die geminderte Miete den Betrag von zwei vollen Monatsmieten der vereinbarten Miete ohne Berücksichtigung einer Minderung erreicht. Das erscheint zweifelhaft.

Anders als beim Kaufrecht besteht bei einem Mangel der Mietsache nicht lediglich ein geltend zu machender Anspruch auf Mietminderung, sondern gemäß § 536 BGB bewirkt ein Mangel der Mietsache kraft Gesetzes eine Änderung der Vertragspflichten dahin gehend, dass nur der geminderte Mietzins zu zahlen ist (BGH, NJW 1987, 432, 433; BGH, NJW-RR 1991, 759 f.). Die gesetzlich eintretende Minderung des Mietzins bewirkt, dass die geminderte Miete als vereinbarte Miete gilt (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., § 536, Rn. 33).

Miete im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ist die Miete in der gesetzlich zulässigen und vertraglich geschuldeten Höhe (vgl. z. B. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543, Rn. 82). Gilt aufgrund des § 536 BGB die geminderte Miete als die vertraglich geschuldete Miete, so muss demgemäß konsequenterweise bei der Berechnung des Mietrückstandes im Sinne von § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht die ungeminderte Miete, sondern die geminderte Miete als der vertraglich geschuldete Mietzins zugrunde gelegt werden. Daraus folgt, dass

die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges schon dann berechtigt ist, wenn sich ein Rückstand von zwei Monatsmieten oder mehr als einer Monatsmiete für zwei aufeinander folgende Termine in Höhe der geminderten Miete ergibt.

Dies benachteiligt den Mieter auch nicht unangemessen. Die Minderung soll dem Mieter einen Ausgleich für die eingeschränkte Gebrauchstauglichkeit der Wohnung geben, entbindet ihn jedoch nicht von der Zahlungsverpflichtung bezüglich der verbleibenden Mietzinsschuld. Bestehen die der Minderung zugrunde liegenden Mängel zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges noch, kann er über die Minderung hinaus ein ihm ggf. zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Da die Frage, in welcher Höhe die monatliche Miete tatsächlich gemindert ist, im Einzelfall zweifelhaft ist und der Beurteilung eines Gerichts überlassen bleibt, könnte man gegen die obige Auffassung einwenden, dass dem Mieter ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet würde, wenn er bei unrichtiger Beurteilung der Höhe der Minderung bereits kurzfristig mit der fristlosen Kündigung rechnen müsste. Dieses Problem stellt sich bei Zugrundelegung des ungeminderten Mietzinses bei der Berechnung des kündigungsrelevanten Rückstandes lediglich zeitverzögert auch. Fehleinschätzungen der Höhe der Minderung sind eine Frage des Verschuldens, das im Rahmen der Verzugsvoraussetzungen zu prüfen ist. Irrt der Mieter entschuldbar über die Höhe der Minderung, so ist ihm dies u. U. als vermeidbarer Rechtsirrtum nicht zuzurechnen. Entschuldbar ist allerdings ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen braucht ... Bei einer zweifelhaften Rechtslage handelt er bereits fahrlässig, wenn er sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, indem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des vertraglichen

## RECHTS- ANWÄLTE

Notar

**KLAUS CHORROSCH**

Rechtsanwalt

Miet- u. Pachtrecht, privates Baurecht,  
Familien- u. Erbrecht, Verkehrsrecht

Schloßstraße 24

13507 Berlin-Tegel

Telefon 030 - 439 905 20

Telefax 030 - 439 905 25

E-Mail: [anwalt@ra-chorrosch.de](mailto:anwalt@ra-chorrosch.de)

Internet: [www.ra-chorrosch.de](http://www.ra-chorrosch.de)

KLUGE WELZEL  
RECHTSANWÄLTE



Rechtsanwalt Alexander Kluge

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

**Mietrecht (Wohnraum und Gewerbe)**  
**WEG-Recht**

Rechtsanwalt Martin Welzel

Insolvenzrecht

Gesellschaftsrecht

Friedrichstraße 61 10117 Berlin

Tel.: 400 389 22 Fax: 400 389 23

[www.kwra.de](http://www.kwra.de)

**Richard Meissner**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für  
Miet- & WEG- Recht

Spezialist für  
Erbrecht

Alt-Tegel 1+3

Tel.

Fax

eMail: [Sozietat@Kanzlei-Meissner.de](mailto:Sozietat@Kanzlei-Meissner.de)

13507 Berlin

433 10 11/12

43 60 40 38



Verhaltens in Betracht ziehen muss ... Der Schuldner darf nicht das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage dem Gläubiger zuschieben (BGH, NJW 2007, 428, 430). Das Risiko einer fristlosen Kündigung wg. überhöhter Minderung trägt der Mieter also immer.

**Anmerkung:** Das Beispiel von Jablonski ist unglücklich gewählt; auch bei Berechnung des kündigungsrelevanten Rückstands nach vereinbarter Miete (statt geminderter) müsste der Vermieter nicht vier Monate warten, sondern nur drei, da dann der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB erfüllt wäre (Verzug für zwei aufeinanderfolgende Termine). Auch besteht nach herrschender Auffassung (BGH, NJW 1982, 2242) neben dem Minderungsrecht ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters in Höhe des drei- bis fünffachen Betrages der Minderungsquote, was dazu führt, dass ein Zahlungsverzug des Mieters ausscheidet (BGHGE 1997, 1096). Bei einer Minderungsquote von 10% kommt es allerdings für den Kündigungszeitpunkt darauf an, wovon der Rückstand berechnet wird.

Der Auffassung von Jablonski ist zuzustimmen, denn Miete im Sinne des § 543 BGB ist die „Grundmiete in der gesetzlich zulässigen und vertraglich geschuldeten Höhe“ (Schmidt-Futterer/Blank, 9. Aufl., Rn. 83 zu § 543 BGB). Verstößt die Mietpreisvereinbarung gegen § 5 WiStG, bleibt der unwirksame Teil der Mietpreisvereinbarung bei der Rückstandsberechnung außer Betracht (Schmidt-Futterer/Blank, a.a.O.). Bei einer Minderung, die kraft Gesetzes eintritt und die Höhe der vom Mieter geschuldeten Leistung bestimmt, ist es nicht anders. Das Urteil des BGH vom 20. Dezember 1995 (NJWE-MietR 1996, 54), wonach „Zins“ im Sinne des § 8 ZPO der vertraglich vereinbarte Mietzins ist und nicht der Betrag, der nach Ansicht einer Partei als Nutzungsentgelt angemessen wäre, steht dem nur scheinbar entgegen. Das Urteil betrifft allein den Rechtsmittelstreitwert, bei dem es um die Beschwer einer Partei geht. Bei der Berechnung des Kündigungsrückstands ist jedoch der Zweck des § 543 BGB zu berücksichtigen; durch die Vorschrift soll das Vermögen des Vermieters geschützt werden, der nicht ohne Gegenleistung auf Dauer die Mietsache zur Verfügung stellen soll (Schmidt-Futterer/Blank, a.a.O.). Die Kündigungslage tritt also dann ein, wenn die Miete in der Höhe, wie sie der Vermieter verlangen kann, für den im Gesetz angegebenen Zeitraum nicht gezahlt wurde. Die geminderte Miete, die anstelle der vertraglich vereinbarten Miete tritt, ist daher für die Berechnung des Rückstands maßgeblich. *Rudolf Beuermann*

**Wie rettet man seine Immobilie beim Umzug ins Pflegeheim?**

## Sozialhilferegress nach Immobilienübertragung mit Wohnungsrecht durch vorweggenommene Erbfolge

Viele ältere Eigentümer treibt die Frage um, wie man für seine Kinder eine Immobilie rettet, wenn am Ende des (Lebens-) Wegs der Umzug in ein Pflegeheim unausweichlich droht, die Kosten dafür von den Eltern nicht aufgebracht werden können, das vorhandene Vermögen dafür aber auch nicht „draufgehen“ soll, indem staatliche Stellen darauf zurückgreifen. Ein beliebter Weg, der oft gegangen wird, ist die Übertragung von Immobilien unter Einräumung eines lebenslangen Wohnungsrechts zugunsten des Übertragers. Das hat den Vorteil, dass die Eltern bereits zu Lebzeiten ihre Vermögensverhältnisse abschließend geordnet und geregelt und sich dabei zugleich die Möglichkeit erhalten haben, in ihrer gewohnten und vertrauten Umgebung alt werden zu dürfen. Die Rechtsfolgen, die sich dann bei einem Umzug des Übertragers in ein Pflegeheim ergeben können, werden oft nicht bedacht. Dabei ist dieses Risiko nicht unerheblich: Bis 2020 sagt das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) eine Zunahme der Pflegebedürftigen um mehr als 50 % voraus. Folge: 2020 gibt es ca. 1 Million mehr Pflegebedürftige als 2001<sup>1)</sup>. Der folgende Beitrag zeigt die denkbaren Folgen für die Beteiligten auf, wenn der Übertragende in ein Pflegeheim muss und Leistungen nach dem BSHG erhält, weil die Pflegeheimkosten ohne den Bezug von Sozialhilfe nicht aufgebracht werden können.

Von Rechtsanwalt und Notar MARCEL J. EUPEN\*)

### I. Einleitung

Oft stellt eine Immobilie den einzigen Vermögenswert des Übertragers von Wert dar. Hat er sie übertragen und muss dann in ein Pflegeheim umziehen, reichen trotz Pflegeversicherung (SGB XI) die Alterseinkünfte (Rente, Pension etc.) oft nicht aus, um die Pflegeheimkosten zu bezahlen. Er ist dann auf Sozialhilfe angewiesen. Der Sozialhilfeträger tritt dann in Vorleistung und trägt die monatlichen Pflegeheimkosten, soweit sie vom Übertrager nicht geleistet werden können. Die geleistete Sozialhilfe ist gegenüber anderweitiger Bedarfsdeckung (§ 2 BSHG) nachrangig. Sie ist eine nicht durch Beiträge erkaufte Sozialfürsorgeleistung<sup>2)</sup>. Hat der Übertrager als leistungsberechtigte Person einen Anspruch gegen einen anderen – also z. B. die Kinder –, der kein Leistungsträger i. S. d. § 12 SGB I ist, kann der Träger der Sozialhilfe gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII durch schriftliche Anzeige an den anderen bewirken, dass dieser Anspruch *bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht*. Nach § 93 Abs. 2 SGB XII bewirkt die schriftliche Anzeige den Übergang des Anspruchs für die Zeit, für die der leistungsberechtigten Person die Leistung ohne Unterbrechung erbracht wird.

Bei einer derartigen Überleitung von Ansprüchen spricht man von einem sog. „Sozialhilferegress“<sup>3)</sup>. Durch die Überleitung wird der Sozialhilfeträger *Anspruchsinhaber*. Bei der Überleitung handelt es sich um einen Verwaltungsakt, gegen den nach § 93 Abs. 3 SGB XII Widerspruch eingelegt und nach Zurückweisung des Widerspruchs Anfechtungsklage erhoben werden kann; Widerspruch und Anfechtungsklage haben

keine aufschiebende Wirkung (§ 93 Abs. 3 SGB XII). Nach § 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG ist die Anfechtungsklage beim Sozialgericht zu erheben. Bei einer Anfechtungsklage überprüft das Sozialgericht nicht, ob und inwieweit der übergeleitete Anspruch tatsächlich und rechtlich besteht. Über den Anspruch selbst entscheiden vielmehr die Zivilgerichte. Das Sozialgericht überprüft den Sozialverwaltungsakt lediglich auf formelle Fehler. Es nimmt eine Evidenzkontrolle vor und überprüft, ob der übergeleitete Anspruch offensichtlich ausgeschlossen ist<sup>4)</sup>. Nur dann, wenn – ausnahmsweise – der übergeleitete Anspruch offensichtlich nicht besteht, ist die Überleitungsanzeige rechtswidrig. Die Folge: Anfechtungsklagen sind in den meisten Fällen erfolglos, weil formelle Fehler kaum vorkommen. Ein bestandskräftiger Überleitungsbescheid ist für ein Zivilgericht bindend. Das Zivilgericht überprüft den Anspruch *an sich*. Überleitungsfähig sind nach § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII *alle geldwerten Ansprüche*. Im Folgenden werden zunächst überleitungsfähige Ansprüche bei Übertragungsverträgen *ohne Regelungen für den Fall eines*

\*) Der Autor ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht in Berlin und stellvertretender Vorsitzender des Fachanwaltsausschusses für Miet- und Wohnungseigentumsrecht der Rechtsanwaltskammer Berlin

1) DIW-Diskussionspapier Nr. 240 vom Januar 2001

2) Krauß, ZEV 2001, 417 (418)

3) Auktor, MittBayNot 2008, 14; Mayer, DNotZ 2008, 672

4) BVerwG, Urt. v. 27.5.1993 - 5 C 7/92 -, BVerwGE 92, 281 = NJW 1994, 64 = FamRZ 1994, 31; OVG Münster, Urt. v. 19.9.2000 - 22 A 3473/98 -, NJW 2001, 2191 (2192) = NVwZ 2001, 947 = ZfS 2001, 143; Auktor, MittBayNot 2008, 14; Brückner, NJW 2008, 1111