

Marion Stein und Michael Bauer  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Vorab per Fax (089 - 5597 2850) – EILT – bitte sofort vorlegen

Amtsgericht München  
Pacellistr. 5  
80315 München

Aktenzeichen 421 C 31421/12

09.03.2020

In Sachen S [REDACTED] ./ Stein, M. und Bauer, M.

wird in der mündlichen Verhandlung widerklagend folgender

## **Zwischenfeststellungsantrag**

gestellt:

**Wir haben der Klägerin und Widerbeklagten nicht geschuldet, die Mietsache [REDACTED] zu bewohnen.**

Dieser Antrag auf Zwischenfeststellung wird unbedingt erhoben. Sollte sich hierdurch eine Erhöhung des Streitwertes ergeben, stellen wir gleichzeitig einen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe. Da sich unsere persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse seit der im hiesigen Verfahren bereits bewilligten Prozesskostenhilfe nicht verbessert haben und wir im Übrigen verpflichtet sind, eine etwaige Verbesserung dem Gericht unverzüglich mitzuteilen, weisen wir (um weitere Papierverschwendung zu vermeiden) für die aktuelle „Erklärung über unsere persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse“ auf die sich in der Akte befindlichen und bereits abgegebenen Erklärungen hin und erbitten einen richterlichen Hinweis, sofern dies zum Nachweis unserer Bedürftigkeit nicht ausreichend sein sollte.

### **Normzweck der Zwischenfeststellungsklage:**

„Die Rechtskraft des Urteils ist nach § 322 Abs. 1 bewusst auf den Streitgegenstand beschränkt, so dass sie Entscheidungen über Vorfragen des Urteils nicht erfasst (vgl. → § 322

Rn. 16 f.). Zum Ausgleich stellt Abs. 2 den Parteien frei, durch gesonderten Antrag für Erweiterung der Rechtskraft auf vorgreifliche Rechtsverhältnisse zu sorgen; dies setzt kein Feststellungsinteresse voraus (→ Rn. 42). So kann durch Zwischenfeststellungsklage erreicht werden, dass zB nach Vindikationsklage nicht nur über die Herausgabepflicht, sondern bindend auch über Eigentum, Besitz oder Besitzrecht entschieden wird (allgM), und zwar ohne Begrenzung der Rechtskraft durch die Vorgreiflichkeit. Dies kann Parteien und Gericht erheblich entlasten; es schützt die Parteien zudem vor widersprüchlichen Entscheidungen.“  
(Musielak/Voit/Foerste, 16. Aufl. 2019, ZPO § 256 Rn. 39)

### **Vorgeschichte:**

Die widerbeklagte Vermieterin verlangt Nutzungsentschädigung aus dem Mietvertrag. Diesem Verlangen steht ein unstreitiger Mangel der Mietsache entgegen. Die Vermieterin behauptet, die Schwere des Mangels sei durch unterbliebenes Bewohnen der Mietsache verursacht, weshalb sie diese nicht zu vertreten habe.

### **Begründung:**

#### **1. Fehlende Gebrauchspflicht:**

Die Vermieterin berührt sich eines Anspruches (das "Bewohnen") gegen uns, der nicht existiert, da das Mietrecht keine Gebrauchspflicht kennt. Das Gericht verkennt ebenfalls das Fehlen einer Gebrauchspflicht und will im Rahmen einer Beweisaufnahme klären, inwiefern der Nichtgebrauch der Mietsache Einfluss auf die festgestellte Schadstoffbelastung hatte.

Die Feststellung, dass wir der widerbeklagten Vermieterin nicht schuldeten, die Mietsache zu bewohnen, ist damit eine wesentliche Vorfrage, um klären zu können, ob eine Beweisaufnahme darüber notwendig bzw. zulässig ist, inwiefern der Nichtgebrauch der Mietsache Einfluss auf die festgestellte Schadstoffbelastung hatte.

Dass Richter am Amtsgericht Dr. Kolper mit Ladung vom 28.10.2019 Beweis „zu den Auswirkungen des Bewohnens des Hauses“ erheben will zeigt, dass das Gericht ebenfalls von einem vermeintlichen Anspruch der Vermieterin gegen uns ausgeht.

Es besteht deshalb die Gefahr, dass ein weiteres Fehlurteil ergeht, das sich auf die „Auswirkungen des Bewohnens des Hauses“ stützt. Das Landgericht hatte in seinem Urteil vom 06.12.2012 im Räumungsverfahren 14 S 12138/12 ausgeführt: „Die Belastung mit Naphthalin mit ihrer Überschreitung des Richtwertes II beruht auf der unterbliebenen Nutzung der Räumlichkeiten durch die Beklagten.“ Damit wurde vom Landgericht München I die entscheidungserhebliche Vorfrage ignoriert, dass wir der Vermieterin keine Nutzung der Mietsache schuldeten, da das Gesetz keine Gebrauchspflicht kennt.

Der Antrag auf Zwischenfeststellung ist auch entscheidungsreif: Dass das Mietrecht keine Gebrauchspflicht kennt, ist bereits höchstrichterlich entschieden worden: „Zutreffend ist

das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass den Mieter keine Gebrauchspflicht trifft (vgl. Senatsurteile vom 4. April 1979 - VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351 unter 2 b; vom 7. März 1983 - VIII ZR 333/81, WM 1983, 531 unter I 2 c bb); wo der Mieter seinen Lebensmittelpunkt begründet und im herkömmlichen Sinne "wohnt" (schlafen, essen, regelmäßiger Aufenthalt etc.) ist den persönlichen Vorstellungen und der freien Entscheidung des Mieters überlassen." (Urteil des VIII. Zivilsenats vom 8.12.2010 - VIII ZR 93/10). Dieses Fehlen einer Gebrauchspflicht muss auch für die Mietsache [REDACTED] [REDACTED] gelten (unabhängig von der Tatsache, dass diese Mietsache darüber hinaus mit krebserzeugenden Schadstoffen belastet war).

## **2. Recht auf vertragsgemäßen Gebrauch**

Hilfsweise stützen wir unseren Antrag auf Zwischenfeststellung darauf, dass wir während der Mietzeit ein Recht auf vertragsgemäßen Gebrauch an der Mietsache [REDACTED] [REDACTED] hatten (§ 535 Abs. 1 BGB). Da das Gesetz keine Gebrauchspflicht kennt (vgl. erneut Urteil des VIII. Zivilsenats vom 8.12.2010 - VIII ZR 93/10), schließt das Recht auf vertragsgemäßen Gebrauch auch ein, die Mietsache an keinem einzigen Tag zu bewohnen. Stellt das Bewohnen der Mietsache an keinem einzigen Tag den vertragsgemäßen Gebrauch einer Mietsache dar, können wir als Mieter nicht gleichzeitig einen Mangel wegen des fehlenden Bewohnens zu vertreten haben (§ 538 BGB).

## **3. Unzulässigkeit einer entbehrlichen Beweisaufnahme**

Weil das Gesetz keine Gebrauchspflicht kennt (vgl. obige Ausführungen und erneut Urteil des VIII. Zivilsenats vom 8.12.2010 - VIII ZR 93/10), ist eine Beweisaufnahme „zu den Auswirkungen des Bewohnens des Hauses“ entbehrlich und damit unzulässig, da sie nicht der Sachverhaltsaufklärung dient und demzufolge keinen Einfluss auf das Urteil hat.

## **4. Kosten der unzulässigen Beweisaufnahme**

Durch die Beweisaufnahme „zu den Auswirkungen des Bewohnens des Hauses“ sind bereits erhebliche Kosten entstanden und es besteht die Gefahr, dass auch in der Zukunft noch weitere Kosten entstehen. Da das Mietrecht keine Pflicht zum Bewohnen kennt, ist eine Beweisaufnahme zu den Auswirkungen des Bewohnens auf die Schadstoffbelastung unzulässig. Wir beantragen daher festzustellen, dass wir diese Kosten nicht (mit-)tragen müssen. Insoweit erfüllen wir im Hinblick auf eine spätere Amtshaftungsklage damit auch § 839 Abs. 3 BGB, wonach wir jedes Rechtsmittel ergreifen müssen, um den Schaden abzuwenden.