

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD160011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 6. Juni 2017

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 22. September 2016 (MG160025)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. A._____ (Vermieterin / Klägerin) vermietete ab dem 1. Dezember 2007 eine 4-Zimmerwohnung ihrer Liegenschaft an der D._____ -Strasse ... in ... Zürich für brutto Fr. 2'700.– monatlich (Fr. 2'450.– zzgl. Nebenkosten akonto Fr. 250.–) an B._____ und seine Ehefrau C._____ (Beklagte, vgl. act. 7/1, S. 3 und act. 7/3/1). Am 4. Mai 2010 kündigte die Vermieterin den Mietern ordentlich per 30. September 2010. Die Beklagten fochten diese Kündigung an. In der Folge kam es zu Streitigkeiten, insbesondere über die Bezahlung von Nebenkosten, und die Vermieterin kündigte im August 2010 ausserordentlich per 30. September 2010. Die Mieter fochten auch diese Kündigung an; das Mietverhältnis wurde daraufhin vergleichsweise bis am 31. März 2012 erstreckt (vgl. act. 7/3/12/2). Wegen ausstehender Mietzinsen kündigte die Vermieterin den Beklagten erneut, woraufhin diese mit Urteil vom 14. Dezember 2011 verpflichtet wurden, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben (vgl. act. 7/3/28).

1.2. Am 5. August 2016 gelangte A._____ an das Mietgericht Zürich. Sie verlangte, B._____ und C._____ mit unbekanntem Aufenthalt seien solidarisch zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 27'337.60 (zuzüglich eines Zinses von 5% auf verschiedenen Teilbeträgen) zu bezahlen. Ihre Forderung stützt sie auf behauptete Mietzins- und Nebenkostenansprüche, Gerichts- und Parteikosten sowie Ansprüche auf Schadenersatz (vgl. act. 7/1).

1.3. Mit Verfügung vom 15. August 2016 teilte das Mietgericht Zürich, Einzelgericht, der Klägerin mit, die Klage betreffe eine Mietrechtsstreitigkeit, welche vom Mietgerichtspräsidenten als Einzelgericht im vereinfachten Verfahren zu behandeln sei. Die Klage im vereinfachten Verfahren erfordere die Bezeichnung der Parteien inkl. deren Adressen. Sei eine Partei unbekanntes Aufenthaltes, so sei zwar eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung möglich. Dies setze aber voraus, dass der Aufenthaltsort trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden konnte. Das Mietgericht forderte die Klägerin auf, ihre Nachforschungen

über den Aufenthaltsort zu belegen (Ziff. 2) und, da sie unter anderem den Ersatz von vorgeschossenen Gerichtskosten für das Ausweisungsverfahren und die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung einer Parteientschädigung für jenes Verfahren verlange, sich zum Prozesshindernis der rechtskräftig beurteilten Sache zu äussern (Ziff. 3, vgl. act. 7/5).

1.4. Am 18. September 2016 legte die Klägerin innert erstreckter Frist ihre Nachforschungsbemühungen dar. Ebenso erklärte sie, an der entsprechenden Forderung aus Regressansprüchen von Fr. 3'400.– festzuhalten. Neu mache sie aber unter dieser Position (zumindest eventualiter) Schadenersatz für vor- und ausserprozessuale Kosten des Vorgehens gegen die Beklagten geltend (vgl. act. 7/12).

1.5. Die Vorinstanz hielt mit Verfügung vom 22. September 2016 fest, es sei eine rechtshilfeweise Zustellung an eine Londoner Adresse zu unternehmen, auch wenn die erfolgreiche Zustellung nicht garantiert sei. Sie verfügte die rechtshilfeweise Zustellung der Klage und Klageerweiterung (Verfügung, Ziff. 1) und setzte den Beklagten eine Frist von 20 Tagen an, um ihre Stellungnahme einzureichen. Konkretisierend hielt sie fest, zum Begehren um Ersatz der prozessualen Kosten sowie der Kosten des Ausweisungsverfahrens und zur Klageänderung sei keine Stellungnahme erforderlich (Ziff. 2). Sie forderte die Beklagten sodann auf, in der Schweiz ein Zustelldomizil zu bezeichnen (Ziff. 3).

1.6. Mit Teilurteil vom 22. September 2016 (act. 3, der Klägerin zugestellt am 28. September 2016) trat die Vorinstanz auf die Klage, soweit die Klägerin darin den Ersatz für die Kosten und die Parteientschädigung des Ausweisungsverfahrens gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2011 verlangte, nicht ein (Dispositiv.-Ziff. 1). Ebenso wenig trat sie auf die Klageänderung vom 18. September 2016 ein (Dispositiv.-Ziff. 2). Die Kosten für den Teilentscheid in der Höhe von Fr. 870.– auferlegte sie der Klägerin (Dispositiv.-Ziff. 3).

1.7. Am 27. Oktober 2016 (act. 2) gelangte die Klägerin an das Obergericht. In ihrer "Beschwerde gegen die Verfügung und Teilentscheid des Mietgerichts Zürich vom 22. September 2016" stellt sie folgende Anträge:

1. Es sei der Teilentscheid vom 22. September 2016 vollständig aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die Rechtsbegehren der Klage (so weit die Vorinstanz nicht darauf eingetreten ist) materiell zu behandeln.
3. Es sei das Verfahren im Umfang, in dem die Vorinstanz auf die Klage nicht eingetreten ist, an die Vorinstanz zur materiellen Behandlung zurückzuweisen.
4. Eventualiter, es sei die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 870.00 für den angefochtenen Teilentscheid aufzuheben.
5. Eventualiter, es sei die Sache zu neuer Festlegung der Entscheidgebühr des angefochtenen Entscheids im Rahmen des gesamthaften Endentscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Subeventualiter, es sei die Entscheidgebühr für den angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid angemessen zu reduzieren.
7. Subsubeventualiter, es sei die Sache zu neuer Festlegung der Entscheidgebühr des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Staatskasse, eventualiter solidarisch zu Lasten der Beschwerdegegner und Beklagten."

Zudem stelle ich den prozessualen Antrag:

Es seien von der Vorinstanz die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen."

1.8. Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 – beantwortet durch die Kammer am 25. Januar 2017 (act. 10) – erkundigte sich die Klägerin über den Stand des Verfahrens (act. 8). Gleichzeitig leitete sie der Kammer eine Verfügung der Vorinstanz vom 5. November 2016 weiter, worin diese die Beklagten neu als "unbekannten Aufenthaltes" führt und das Verfahren bis zur Erledigung des Rechtsmittelverfahrens sistierte (act. 9/5).

1.9. Mit Präsidialverfügung vom 11. April 2017 wurde den Beklagten eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um die Berufung schriftlich und im Doppel zu beantworten. Ferner wurde die Prozessleitung an Oberrichter Dr. P. Higi delegiert (act. 11). Die Publikation dieser Verfügung erfolgte am 28. April 2017 im Amtsblatt des Kantons Zürich (vgl. act. 12/1). Nachdem sich die Beklagten innert Frist nicht vernehmen liessen, erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Formelles

2.1. Auf dem angefochtenen Entscheid vom 22. September 2016 sind die Beklagten mit einer Adresse in London aufgeführt (vgl. act. 7/15). Die Vorinstanz war der Auffassung, die Nachforschungsbemühungen der Klägerin hätten ergeben, dass eine Zustellung an die Adresse ..., London, erfolgreich gewesen sei. Entsprechend ordnete sie die rechtshilfeweise Zustellung des heute angefochtenen Entscheides an. Aus den Akten folgt nun jedoch, dass die Klägerin, nachdem sie den von der Vorinstanz für die rechtshilfeweise Zustellung verlangten Kostenvorschuss geleistet hatte (act. 7/17 und 7/19), mit Eingabe vom 4. November 2016 erneut an die Vorinstanz gelangte. Sie legte Unterlagen vor, wonach der Zustellungsversuch eines Schreibens vom 19. August 2016 im Rahmen der Suchbemühungen der Klägerin entgegen dem Eintrag bei der Post doch nicht erfolgreich war. Das Schreiben sei von der Post an den Rechtsanwalt der Klägerin retourniert worden. Die britische Post (Royal Mail) habe auf dem Umschlag am 12. Oktober 2016 den Grund "addressee gone away" vermerkt (vgl. act. 7/20). Daraufhin verfügte die Vorinstanz am 15. November 2016, das Rubrum werde korrigiert und es würden die Beklagten neu als unbekanntes Aufenthalts geführt. Sie ergänzte, der Zustellungsversuch nach England werde abgebrochen und das Verfahren bis zur Erledigung des Rechtsmittelverfahrens gegen den Entscheid vom 22. September 2016 respektive bis zur Aktenrücksendung durch die Rechtsmittelinstanzen sistiert (act. 7/28 = act. 9/5).

2.2. Die Klägerin erhebt gegen den Teilentscheid vom 22. September 2016 Beschwerde. Sie ist – wie auch die Vorinstanz – der Auffassung, dass gegen den Teilentscheid einzig das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung stehe, da der Streitwert des Teilentscheides bei Fr. 3'400.– liege. Im Falle eines Teilentscheides ist jedoch auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG zu beachten: Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Teilentscheide nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat. Somit ist vorliegend nicht auf den mit dem Teilentscheid beurteilten Anspruch, sondern in Analogie zu Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG auf den Streitwert abzustellen, welcher der Ge-

samtheit der vor Mietgericht gestellten Begehren entspricht (vgl. z.B. PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N. 9 und BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 656). Die Klägerin hat vor der Vorinstanz eine Forderungsklage mit mehreren Teilansprüchen erhoben (vgl. act. 7/1). Bei objektiver Klagenhäufung werden gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO die verschiedenen geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn der Kläger seine Ansprüche alternativ oder in Form von Haupt- und Eventualbegehren geltend macht, da damit bereits begrifflich ausgeschlossen wird, dass dem Kläger insgesamt mehr als das Haupt- oder das Hilfsbegehren zugesprochen werden kann (vgl. BENEDIKT SEILER, a.a.O., N. 685). Die Ansprüche gemäss Forderungsklage vom 5. August 2016 führen addiert zu einer Summe von Fr. 27'337.60 (vgl. act. 7/1, S. 2). Insgesamt ist einzig über den Teilanspruch von Fr. 3'400.– entschieden worden. Die Beurteilung der restlichen Ansprüche ist vor der Vorinstanz noch strittig. Der Streitwert der vorliegenden Klage liegt somit analog Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG über Fr. 10'000.–, weshalb die Berufung das zulässige Rechtsmittel ist.

2.3. Ein unzulässiges Rechtsmittel kann als das zulässige Rechtsmittel entgegen genommen werden, wenn die weiteren Voraussetzungen des richtigerweise zu erhebenden Rechtsmittels erfüllt sind und dadurch die Rechte der Gegenpartei nicht beeinträchtigt worden sind oder werden. In der Lehre wird die Konversion eines Rechtsmittels nur sehr zurückhaltend bejaht und im Wesentlichen angefügt, die Gegenpartei dürfe, durch die Zustellung einer "Beschwerde" zur Stellungnahme nicht ihres Rechts zur Erhebung einer Anschlussberufung verlustig gehen, wenn das Rechtsmittel in der Folge in eine Berufung umgedeutet werde (vgl. bspw. ZK-ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vor. Art. 308-318 N. 51). Vorliegend wurden die Parteien mit der ersten Verfügung zur Fristansetzung über das zutreffende Rechtsmittel informiert (vgl. act. 11, publ. im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 28. April 2017, act. 12/1). Für die Beklagten ergab sich daher kein Nachteil.

2.4. Die Berufung ist innert 30 Tagen schriftlich und begründet einzureichen und hat Rechtsmittelanträge zu enthalten (Art. 311 ZPO). Die Eingabe erfüllt diese Voraussetzungen und erfolgte fristgerecht (act. 2).

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz erwog, hinsichtlich Ziff. 3 ihrer Verfügung vom 15. August 2016 zum Thema der abgeurteilten Sache (act. 7/5) halte die Klägerin an ihrer Forderung von Fr. 3'400.– aus Regressansprüchen für Gerichtskosten und aus Parteientschädigung im Ausweisungsverfahren fest. "Neu" mache sie "unter dieser Position aber (zumindest eventualiter) Schadenersatz für vor- und ausserprozessuale Kosten des Vorgehens gegen die Beklagten geltend". Die Vorinstanz erachtet dieses Vorgehen für unzulässig. Prozessuale Kosten einerseits und vor- oder ausserprozessuale Kosten andererseits beruhen auf verschiedenen Lebenssachverhalten und betreffen daher nicht den gleichen Streitgegenstand. Die prozessualen Kosten habe die Klägerin mit ihrer ursprünglichen Klage geltend gemacht. Den gleichen Teilbetrag nun auf einen anderen Lebenssachverhalt zu stützen, könne daran nichts ändern – ganz abgesehen davon, dass am ursprünglichen Begehren explizit festgehalten werde. Diesbezüglich sei von Amtes wegen die Einrede der abgeurteilten Sache (res iudicata) zu beachten, unabhängig davon, ob es zugleich zu einer Klageerweiterung komme. Die prozessualen Kosten seien mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2011, Verfahren ER110316-L, Urk 3/28, rechtskräftig beurteilt worden.

3.2. Was die Klageänderung betreffe, sei diese unzulässig, unabhängig davon, ob es sich um eine bedingte Klage oder eine Klageerweiterung handle: Im Falle einer Klageerweiterung würden die zusätzlichen Begehren, die mit einem Streitwert von Fr. 6'997.50 beziffert würden und von denen die Klägerin Fr. 3'400.– geltend mache, den gesamten Streitwert von bisher Fr. 27'337.60 (inkl. der Fr. 3'400.– für die ursprünglich verlangten prozessualen Kosten, auf denen die Klägerin beharre), auf über Fr. 30'000.– erhöhen. Diesfalls käme das vereinfachte Verfahren nicht mehr zur Anwendung, was aber für die Zulässigkeit einer Klageerweiterung vorausgesetzt werde (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn aber die Klageänderung so zu verstehen wäre, dass nun nur noch entweder der Ersatz der prozessualen oder aber der ausserprozessualen Kosten verlangt werde, wäre dieses Vorgehen unzulässig. Eine solche Alternativklage würde das Gericht dazu

zwingen, nach seinem Gutdünken die eine oder andere Klage zu schützen. Mit dieser Begründung trat die Vorinstanz auch auf die Klageänderung nicht ein.

3.3. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, die Klageänderung zu Unrecht nicht zugelassen zu haben. Sie führt hierzu zusammengefasst aus, dass sie in ihrer Eingabe vom 18. September 2016 ausdrücklich ein Eventualbegehren bzw. eine Eventualbegründung gestellt habe. Die Streitwerte seien daher nicht zu addieren. Selbst bei einer "Alternativklage" wären die Streitwerte nicht zu addieren, da nur die eine oder die andere Forderung geschuldet wäre. Abschliessend weist sie darauf hin, dass das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO bei der Miete einer Wohnung ohne Rücksicht auf den Streitwert gelte, weshalb es für die Zulässigkeit einer Klageänderung auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gar nicht erst ankomme.

3.4. Vorab ist festzuhalten, dass die in einem gerichtlichen Urteil festgestellten Prozesskosten zugunsten einer Partei nicht erneut in einer Art "Sammelklage" für alle ausstehenden Forderungen der Vermieterin gegenüber den Beklagten geltend gemacht werden können. Im Rahmen des Ausweisungsverfahrens wurde der Klägerin mit Urteil vom 14. Dezember 2011 eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zugesprochen und die Beklagten wurden verpflichtet, der Klägerin die von der klagenden Partei bezogenen Gerichtskosten von Fr. 1'900.– zu ersetzen (vgl. act. 7/3/28). Einer erneuten Beurteilung resp. Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung dieser Summe an die Klägerin steht die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen. Die Vorinstanz ist auf diese Teilklage zu Recht nicht eingetreten.

3.4.1. Wenn nun die Klägerin vor Obergericht erklärt, dass sie sich "unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" dafür entschieden habe, ihre Klage bezüglich des umstrittenen Teilbetrages von Fr. 3'400.– nur noch auf den vor der Vorinstanz eventualiter geltend gemachten Forderungsgrund des Ersatzes für vor- und ausserprozessuale Kosten zu stützen, hilft ihr dies nichts. Denn damit erklärt sie, einzig noch am neu eingebrachten Anspruch festzuhalten. Ob aber dieser Anspruch vor der Vorinstanz überhaupt noch geltend gemacht werden konnte, stellt gerade die vor Obergericht zu prüfende Frage dar. Mit anderen Worten: Konnte dieser Teilanspruch vor Mietgericht nicht in das Verfahren einge-

bracht werden, kann sich die Klägerin vor Obergericht auch nicht auf diesen Anspruch beschränken.

3.4.2. Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht, oder (b) die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

3.4.2.1. Der Vorinstanz kann insoweit nicht gefolgt werden, als sie der Auffassung ist, die "Klageerweiterung" würde zu einem über Fr. 30'000.– liegenden Streitwert führen. Die Klägerin hat in ihrer Eingabe vom 18. September 2016 (vgl. act. 7/12, Rz. 27 ff.) zwar ausgeführt, sie halte an der bereits in der Klage geltend gemachten Forderung im Umfang vom Fr. 3'400.– fest. Neu mache sie unter dieser Position aber (zumindest eventualiter) Schadenersatz für vor- und ausserprozessuale Kosten des Vorgehens gegen die Beklagten geltend. Sie listete sodann Kosten für anwaltliche Beratung und weitere Auslagen und Aufwände von insgesamt Fr. 6'997.50 auf. Sie führte aus, diese Kosten würden deutlich über dem Betrag von Fr. 3'400.– liegen, welcher eventualiter (anstelle des Kostenersatzes und der Parteientschädigung im Ausweisungsverfahren) geltend gemacht werde. Für den Eventualfall, dass das Gericht für den Kostenersatz und die Parteientschädigung im Ausweisungsverfahren ein Prozesshindernis der abgeurteilten Sache annehmen sollte, wäre dieser Betrag eventualiter jedenfalls unter diesem Titel ausgewiesen und die Klage gutzuheissen, da dieser vor- und ausserprozessuale anwaltlicher Aufwand ersatzfähiger Schaden darstelle.

Würdigt man diese Argumentation, ist der Klägerin tatsächlich darin zuzustimmen, dass sie unter diesem Teilaspekt ihrer Klage insgesamt nicht mehr als Fr. 3'400.– verlangt. Sie stützt ihren Forderungsanspruch mit ihrer Eingabe vom 18. September 2016 neu eventualiter, d.h. für den Fall, dass das Mietgericht auf den in der Hauptsache geltend gemachten Anspruch für Anwalts- und Gerichtskosten des Ausweisungsverfahrens nicht eintreten würde, auf weitere Aufwendungen für Anwaltskosten und Auslagen. Insgesamt verlangt die Klägerin damit nicht mehr, als sie in ihrer Klage geltend gemacht hat, weshalb dieser neue, eventualiter erhobene Anspruch die Höhe des Streitwertes nicht tangiert. Die Klageänderung kann

daher nicht mit der Begründung, der geänderte Anspruch sei nicht mehr nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen (vgl. Art. 227 Abs. 1 ZPO), für unzulässig erklärt werden. Somit erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit der Behauptung der Klägerin, die Klage würde als mietrechtliche Streitigkeit ohnehin streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren unterstehen. Hingewiesen sei immerhin darauf, dass Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO nicht sämtliche mietrechtlichen Streitigkeiten aus Wohnraummiete umfasst, sondern nur diejenigen im Zusammenhang mit der Hinterlegung von Mietzinsen, dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen oder soweit der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist.

3.4.2.2. Für den Fall, dass die Forderung im Umfang von Fr. 3'400.– nur einmal verlangt werde, hielt die Vorinstanz eine solche "Alternativklage" für unzulässig.

Zugegebenermassen lässt die Klägerin in Rz. 28 ihrer Eingabe vom 18. September 2015 (act. 7/12) noch etwas missverständlich ausführen, "[n]eu macht die Klägerin unter dieser Position aber (zumindest eventualiter) Schadenersatz für vor- und ausserprozessuale Kosten des Vorgehens gegen die Beklagten geltend". Spätestens in Rz. 34 stellt sie aber klar: "Somit machen alleine diese weiteren notwendigen Kosten [...] ein Total von Fr. 6'997.50 aus und liegen somit deutlich über dem Betrag von Fr. 3'400.–, der eventualiter (anstelle des Kostenersatzes und der Parteientschädigung im Ausweisungsverfahren) von der Klägerin geltend gemacht wird. Für den Eventualfall, dass das Gericht für den Kostenersatz und die Parteientschädigung im Ausweisungsverfahren ein Prozesshindernis der abgeurteilten Sache annehmen sollte, wäre dieser Betrag von Fr. 3'400.– deshalb eventualiter jedenfalls unter diesem Titel ausgewiesen und gutzuheissen". Damit verlangt die Klägerin den Anspruch in der Höhe von Fr. 3'400.– weder zweimal, noch alternativ, sondern eventualiter. Sie verlangt denselben Betrag gestützt auf zwei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen und macht damit grundsätzlich zwei verschiedene Ansprüche geltend, die sie auch kumulativ verlangen könnte. Sie beantragt aber diese Summe insgesamt nur einmal, gestützt auf zwei verschiedenen Ansprüche, die sie im Verhältnis von Haupt- und Eventualbegehren erhebt. Ihre Klageerweiterung besteht somit nicht darin, einen neuen, zusätzlichen An-

spruch geltend zu machen oder einen bisherigen Anspruch auf eine neue Begründung zu stützen, sondern einen neuen Anspruch eventualiter zu erheben, sollte auf die Klage im Umfang von Fr. 3'400.– wegen der Einrede der abgeteilten Sache nicht eingetreten werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses – wenn auch untypische – Vorgehen rechtlich unzulässig wäre.

3.4.3. Die Vorinstanz hat die weiteren Voraussetzungen für eine Klageerweiterung, insbesondere ob der neue, eventualiter geltend gemachte Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht, noch nicht geprüft. Um diese Frage zu prüfen, sind Feststellungen über die neu erhobene Forderung bzw. Forderungen notwendig, namentlich – basierend auf der im vereinfachten Verfahren geltenden sozialen Untersuchungsmaxime respektive verstärkten Fragepflicht (Art. 247 ZPO) – auch dazu, ob deren Geltendmachung im Umfang von bloss Fr. 3'400.– einer Reduktion der sich über Fr. 6'998.– belaufenden Ansprüche beinhaltet oder aber diese Forderungen alternativ vorgebracht wurden (zur Unzulässigkeit dieses Vorgehens, vgl. BGE 142 III 683, insbesondere E. 5.3.2). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurück zu weisen. Sollten sämtliche Voraussetzungen für eine Klageänderung erfüllt sein, wird die Klage im Umfang von Fr. 3'400.– unter dem Anspruchstitel der Eventualklage materiell zu prüfen sein. Ob diese vor- und ausserprozessualen Aufwendungen ersatzfähigen Schaden darstellen und, soweit dies der Fall ist, nicht durch weitere oder gar durch die Prozessentschädigung im Ausweisungsverfahren teilweise abgegolten wurden, kann vor Obergericht mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellung und Würdigung durch die Vorinstanz nicht geprüft werden. Hingewiesen sei immerhin auf ein neueres, zur Publikation vorgesehenes, Urteil des Bundesgerichts zu dieser Thematik, Urteil 4A_692/2015 vom 1. März 2017, insbesondere E. 6.

3.5. Beim Ausgang dieses Verfahrens rechtfertigt es sich, die vorinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv-Ziff. 3 und 4) gesamthaft aufzuheben. Die Vorinstanz wird in ihrem Endentscheid erneut über die bei ihr entstandenen Kosten und die Kostentragung durch die Parteien zu befinden haben.

4. Kosten

4.1. Die Kosten für das Berufungsverfahren richten sich nach dem Streitwert und werden nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO). Auch wenn es für die Zulässigkeit der Berufung gegen den Teilentscheid auf den Streitwert der gesamten vor der Vorinstanz streitigen Begehren ankommt, richten sich die Kosten für das Verfahren vor der Kammer nach dem, was vor der Kammer strittig ist, d.h. Fr. 3'400.–. Ausgehend davon ergibt sich gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 730.–.

4.2. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens wird dem neuen Entscheid des Mietgerichts Zürich vorbehalten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Der Teilentscheid des Mietgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 22. September 2016 wird in Dispositiv-Ziff. 1 bestätigt. Hingegen wird der Teilentscheid des Mietgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 22. September 2016, in Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 aufgehoben und zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 730.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Klägerin gegen Empfangsschein und an die Beklagten durch Publikation im kantonalen Amtsblatt sowie an das Mietgericht Zürich, Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'337.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
7. Juni 2017