

ZMP 2016 Nr. 3

Art. 86 ZPO; Art. 90 ZPO; Art. 227 ZPO; Art. 93 Abs. 1 ZPO. Klageänderung; Verfahrensart; Eventualklage und Alternativklage.

Die Klägerin verlangte von den Beklagten unter anderem den Ersatz der von ihr vorgeschossenen Gerichtskosten für das Ausweisungsverfahren sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der Parteientschädigung im selben Verfahren. Über diese prozessualen Kosten wurde schon vom Ausweisungsgericht rechtskräftig befunden, womit aufgrund der Sperrwirkung der abgeurteilten Sache (res iudicata) darauf nicht einzutreten ist. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu diesem Punkt machte die Klägerin geltend, "zumindest eventualiter" fordere sie den gleichen Betrag unter dem Titel der vorprozessualen Anwaltskosten. Soweit die Klägerin denselben Betrag gestützt auf verschiedene Lebenssachverhalte fordert, ist dies eine unzulässige Alternativklage, denn dieses Vorgehen überlässt den Entscheid, welcher Teil der Klage zu behandeln ist, dem Gericht [Anm. d. Red.: Vgl. inzwischen auch BGE 142 III 683 E. 4 und 5]. Wollte man eine kumulative Geltendmachung des Betrags annehmen, so würde dies den Streitwert auf über Fr. 30'000.– erhöhen, womit nicht mehr das vereinfachte Verfahren anwendbar wäre. Da die gleiche Verfahrensart jedoch eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klageerweiterung ist, erweist sich auch das als unzulässig (Entscheid Mietgericht).

Auf Berufung der Klägerin hin bestätigte das Obergericht den Nichteintretensentscheid bezüglich der Verfahrenskosten im Ausweisungsprozess, beurteilte aber den "zumindest eventualiter" nachgeschobenen Antrag als zulässiges Eventualbegehren.

Vgl. zum Entscheid in der Sache die Urteile des Mietgerichts MG160025 vom 6.11.2017 sowie des Obergerichts NG180001 vom 20.11.2018, auszugsweise publiziert als ZMP 2018 Nr. 14. Zur generellen Zulässigkeit der Alternativklage vgl. die Praxisänderung des Bundesgerichts in [BGE 144 III 452](#).

Aus der Verfügung und dem Teilentscheid des Mietgerichts MG160025-L/Z2 vom 22. September 2016 (OG-Entscheid im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin [Schenk-]Dändliker):

"(...)

4. Es bleibt eine weitere Prozessvoraussetzung zu klären: Bezüglich Ziff. 3 der Verfügung vom 15. August 2016 macht die Klägerin geltend, sie halte an der Forderung von Fr. 3'400.– aus Regressansprüchen für Gerichtskosten und aus Parteienschädigung im Ausweisungsverfahren fest. "Neu" mache sie "unter dieser Position aber (zumindest eventualiter) Schadenersatz für vor- und ausserprozessuale Kosten des Vorgehens gegen die Beklagten geltend". Dieses Vorgehen ist unzulässig. Prozessuale Kosten einerseits und vor- oder ausserprozessuale Kosten andererseits beruhen auf verschiedenen Lebenssachverhalten und betreffen daher nicht den gleichen Streitgegenstand. Die prozessualen Kosten hat die Klägerin bereits mit ihrer ursprünglichen Klage geltend gemacht. Diesen Teil der Klage kann sie nicht ungeschehen machen, indem sie den gleichen Teilbetrag auf einen anderen Lebenssachverhalt stützt, ganz abgesehen davon, dass sie an ihrem ursprünglichen Begehren explizit nach wie vor festhält. Daher hat das Gericht von Amtes wegen die Sperrwirkung der abgeurteilten Sache (res iudicata) zu prüfen, und zwar unabhängig davon, ob es zugleich zu einer Klageerweiterung kommt. Die prozessualen Kosten sind rechtskräftig beurteilt (Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2011, Verfahren ER110316-L), so dass bezüglich dieses Antrags das Prozesshindernis der abgeurteilten Sache besteht. Auf die Klage ist in diesem Punkt daher nicht einzutreten.

Was die Klageänderung betrifft, erweist sich diese als unzulässig, und zwar unabhängig davon, ob sie als per se verpönte bedingte Klage zu betrachten ist oder als Klageerweiterung: Im zweiten Fall würde sich nämlich nicht nur die Frage der sachlichen Zuständigkeit stellen (Art. 227 Abs. 2 ZPO). Vielmehr würden die zusätzlichen Begehren, die die Klägerin mit insgesamt Fr. 6'997.50 beziffert und von denen sie Fr. 3'400.– geltend machen möchte, den gesamten Streitwert zusammen mit den nach wie vor im Raum stehenden übrigen Teilbeträgen von insgesamt Fr. 27'337.60 (inkl. der Fr. 3'400.– für die bereits mit der ursprünglichen Klage verlangten prozessualen Kosten, auf denen die Klägerin beharrt) auf mehr als Fr. 30'000 erhöhen, so dass nicht mehr das vereinfachte Verfahren zur Anwendung käme. Dies wäre aber Voraussetzung für die Zulassung einer Erweite-

zung (Art. 227 Abs. 1 ZPO, Art. 93 Abs. 1 ZPO; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 227 N 7; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 15 und 31; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 58). Selbst wenn man aber die Klageänderung so verstehen wollte, dass die Klägerin trotz des ursprünglich ausdrücklich verlangten Ersatzes der prozessualen Kosten nun nur noch entweder den Ersatz der prozessualen oder aber der ausserprozessualen Kosten verlangt, wäre ihr Vorgehen unzulässig, denn mit einer solchen Alternativklage würde das Gericht gezwungen, "nach seinem Gutdünken die eine oder andere Klage zu schützen" (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 214). Auch auf die Klageänderung ist daher nicht einzutreten.

(...)

Aus dem Urteil des Obergerichts PD160011-O/U vom 6. Juni 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Higi, Huizinga; Gerichtsschreiberin Menghini-Griessen):

" (...)

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. 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 eingebracht 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 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 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 ~~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 unter-

schiedliche 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 Anspruch 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 abgeurteilten 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 [BGE 143 III 206; *Anm. d. Red.*], insbesondere E. 6.

(...) "

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2016, 26. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident