

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG240005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder sowie Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Toscanelli

Urteil vom 11. März 2025

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____ GmbH,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom
1. November 2023 (MJ220072)**

Rechtsbegehren der Klägerin und Berufungsbeklagten:

(act. 1 S. 2; act. 44 S. 1)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 24'000.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2022 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts des Mietgerichts:

(act. 56)

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 24'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2022 zu bezahlen.
 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'470.00; die weiteren Kosten betragen

Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 3'470.00 Kosten total
 3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt. Sie werden zulasten des Kostenvorschusses der Klägerin von Fr. 3'470.– bezogen, sind ihr aber von der Beklagten zu ersetzen. Der nicht benötigte Betrag wird der Klägerin herausgegeben.
 4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'675.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- [5. Mitteilungen / 6. Rechtsmittel: Berufung, 30 Tage]"

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin und Beklagten (act. 57 S. 2):

"Das Anfechtungsobjekt sei vollumfänglich aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, eine erstinstanzliche Hauptverhandlung, nach rechtsgenügender Vorladung der BK und in Nachachtung von Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO, (neu) durchzuführen;

alles unter den gesetzlichen KuEF."

der Berufungsbeklagten und Klägerin (act. 71 S. 2):

"Es sei die Berufung mit Bezug auf die Einwände des Ausstandgrundes sowie der gesetzmässigen Gerichtsbesetzung abzuweisen.

Im Übrigen sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, wobei der Klägerin / Berufungsbeklagten vorgängig Frist zur Erstattung der abschliessenden Berufungsantwort anzusetzen sei.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten resp. Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte und Sachverhalt

1.1. Die Parteien standen sich vor dem Einzelgericht des Mietgerichts Zürich (fortan: Vorinstanz) in einem mietrechtlichen Verfahren gegenüber. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) verlangte von der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) die Herausgabe resp. Rückerstattung eines Mietzinsdepots von Fr. 24'000.–.

1.2. Mit Eingabe vom 26. April 2022 machte die Klägerin das Verfahren bei der Schlichtungsbehörde für Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich anhängig (act. 8/1). Nachdem für die Beklagte unentschuldigt niemand zur Schlichtungsverhandlung vom 7. Juli 2022 erschienen war, wurde der Klägerin mit Beschluss desselben Tages die Klagebewilligung erteilt (act. 5 = act. 8/11).

1.3. Mit Eingabe vom 14. September 2022 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz ihre Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 19. September 2022 (act. 9), erlassen von Mietgerichtspräsidentin i.V. MLaw J. Mosele sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. I. Altieri, wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kosten-

vorschuss von Fr. 3'470.– angesetzt und die Klageschrift der Beklagten zugestellt. In der Folge fanden weitere Verfahrensschritte ohne Mitwirkung von MLaw A. I. Altieri statt, wofür auf die Prozessgeschichte des vorinstanzlichen Urteils verwiesen werden kann (vgl. act. 52 = act. 56 [Aktenexemplar] = act. 58 E. 1.2).

1.4. Am 17. Juli 2023 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 1. November 2023 vorgeladen (act. 39; act. 75/1; vgl. Prot. VI S. 8). Am 26. Oktober 2023 erlangte die Vorinstanz Kenntnis von der Übernahme der "A'._____ GmbH" (fortan: ehemalige Beklagte) durch die "A._____ AG" infolge Fusion (act. 40–41). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2023 beantragte Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____, der Rechtsvertreter der ehemaligen Beklagten, dass auf die Klage nicht einzutreten sei, weil die ehemalige Beklagte ersatzlos aus dem Handelsregister gelöscht worden und daher nicht mehr partei- und prozessfähig sei (act. 42). Eine weiterführende schriftliche Stellungnahme erstattete die Beklagte nicht.

1.5. Die Hauptverhandlung vom 1. November 2023 wurde von Mietgerichtspräsidentin i.V. MLaw A. I. Altieri geleitet. Die Beklagte blieb der Verhandlung unentschuldigt fern und die Klägerin erstattete ihren Parteivortrag (act. 44; Prot. VI S. 9 ff.). Gleichentags erliess die Vorinstanz in der Besetzung mit Mietgerichtspräsidentin i.V. MLaw A. I. Altieri und Gerichtsschreiber MLaw R. Kohler das Urteil in unbegründeter Fassung (act. 45). Auf Antrag der Beklagten (act. 48) wurde dieses sodann in begründeter Fassung ausgefertigt (act. 56).

1.6. Gegen das Urteil vom 1. November 2023 erhob die Beklagte mit Eingabe vom 4. März 2024 Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (act. 57). Den ihr mit Verfügung vom 22. März 2024 (act. 60) auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'450.– leistete sie fristgerecht (act. 62). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–54).

1.7. Mit Verfügung vom 15. Oktober 2024 (act. 63) wurde das Verfahren in Anwendung von Art. 125 lit. a ZPO einstweilen auf die Rügen der Beklagten im Hinblick auf die Gerichtsbesetzung der Vorinstanz beschränkt. Weiter wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der auf diese Punkte beschränkten Berufungsantwort

sowie der Vorinstanz Frist zur Erstattung einer obligatorischen Stellungnahme angesetzt.

1.8. Mit Eingabe vom 18. November 2024 (act. 71) erstattete die Klägerin fristgerecht die auf die Rügen der vorinstanzlichen Gerichtsbesetzung eingeschränkte Berufungsantwort. Innert erstreckter Frist (vgl. act. 69) erstattete die Vorinstanz mit Eingabe vom 22. November 2024 (act. 74) ihre Stellungnahme und reichte als Beilage unter anderem die Ernennungsbeschlüsse der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai und 21. Juni 2023 für MLaw A. I. Altieri ein (act. 75/5–6).

1.9. Mit Verfügung vom 17. Januar 2025 (act. 76) wurden die Berufungsantwort sowie die Eingabe der Vorinstanz der Beklagten unter Hinweis darauf zugestellt, dass eine allfällige Stellungnahme spätestens innert zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung zu erstatten wäre. Innert erstreckter Frist (vgl. act. 78) erstattete die Beklagte mit Eingabe vom 27. Februar 2025 (act. 80) ihre Stellungnahme. Die angepasste Adresse der Beklagten gemäss dieser Eingabe entspricht jener des aktuellen Handelsregistereintrags und wurde im Rubrum nachvollzogen.

1.10. Auf die Einholung einer Berufungsantwort zu den Rügen der Beklagten, die nicht die vorinstanzliche Gerichtsbesetzung betreffen, kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die Eingabe der Beklagten vom 27. Februar 2025 (act. 80) ist der Klägerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Klägerin verlangte diese von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 24'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. Februar 2022 (act. 1 S. 2). Der Streitwert beläuft sich damit auf Fr. 24'000.– und übersteigt die erforderliche Streitwertgrenze. Entsprechend ist die Berufung grundsätzlich zulässig.

2.2. Die Berufungsfrist im vorliegenden Verfahren beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung vom 4. März 2024 wurde innert vorgenannter Frist (vgl. act. 54) schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.3. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz ist aber nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gegebenenfalls in der Berufungsantwort) erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

3. Rügen in Bezug auf die vorinstanzliche Gerichtsbesetzung

3.1.

3.1.1. Die Beklagte bringt in ihrer Berufung Einwände in Bezug auf die vorinstanzliche Gerichtsbesetzung vor und rügt damit die nicht gehörige Besetzung des Gerichts (act. 57 Rz. 9a).

3.1.2. Sowohl die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme als auch die Klägerin machen geltend, die Beklagte hätte rechtzeitig ein Ausstandsbegehren stellen müssen. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte das Ausstandsbegehren unverzüglich hätte stellen müssen und die Geltendmachung am letzten Tag der Berufungsfrist verspätet sei. Zudem habe über streitige Ausstandsbegehren gemäss Art. 50 ZPO und § 127 GOG das Gericht zu entscheiden, dem die betroffene Person angehöre (act. 71 Rz. 7). Gemäss Vorinstanz sei der Beklagten die geänderte Gerichtsbesetzung mit Vorladung vom 17. Juli 2023 mitgeteilt worden und in der Folge sei sie der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben. Die in der Berufung erstmals erhobenen Einwände gegen die Besetzung des Gerichts

sowie insbesondere das sinngemäss gestellte Ausstandsgesuch seien verspätet und damit nicht mehr zulässig (act. 74 Rz. 1.4).

3.1.3. Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach Lehre und Rechtsprechung bedeutet "unverzüglich", dass für die Stellung des Ausstandsgesuchs grundsätzlich eine Frist von 10 Tagen anzunehmen ist (vgl. WEISS, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_299/2023 vom 1. September 2023, AJP 2024, S. 158 ff., S. 160 mit Hinweisen). Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 51 Abs. 1 ZPO).

Sofern ein Ausstandsgrund nach Erlass eines anfechtbaren Entscheids während hängiger Rechtsmittelfrist entdeckt wird, kann resp. muss dieser grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden (BGE 139 III 466 E.3.4; BGE 139 III 120 [= Pra 102 (2013) Nr. 97] E. 3.1.1; BGE 138 III 702 E. 3.4; ebenso Art. 51 Abs. 3 ZPO *e contrario* in der seit dem 1. Januar 2025 geltenden Fassung). Bei einer anwaltlich vertretenen Partei kann davon ausgegangen werden, dass sie die ordentliche Besetzung des Gerichts kennt. Hingegen kann bezüglich eines nebenamtlichen Richters oder einer nebenamtlichen Richterin ein Befangenheitsgrund noch im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens geltend gemacht werden, denn auch der anwaltlich vertretene Rechtsuchende darf generell davon ausgehen, dass das erstinstanzliche Gericht in seiner ordentlichen Besetzung entscheiden wird (BGE 139 III 120 E. 3.2.1).

3.1.4. Die Beklagte macht in ihrer Berufung keine Ausführungen dazu, wann sie den geltend gemachten Ausstandsgrund entdeckt haben will. Die ergänzenden Ausführungen zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme in der Eingabe vom 27. Februar 2025 (act. 80) sind nicht mehr zu berücksichtigen, da die Beklagte gehalten gewesen wäre, diesbezügliche Ausführungen bereits in ihrer Berufungsschrift vorzutragen (vgl. zur Behauptungslast und weiteren prozessualen Lasten der gesuchstellenden Partei in Bezug auf die Rechtzeitigkeit eines Ausstandsbegehrens:

ZK ZPO-WULLSCHLEGER, 4. Aufl. 2025, Art. 49 N 11; OGer ZH RB230012 vom 3. Mai 2023 E. 4.2).

3.1.5. Bei MLaw A. I. Altieri handelt es sich um eine nebenamtliche Richterin, welche im Hauptamt Leitende Gerichtsschreiberin der Vorinstanz ist (vgl. act. 75/4 S. 1). Die Beklagte musste nicht davon ausgehen, dass das Gericht nicht in der ordentlichen Gerichtsbesetzung entscheiden würde. Änderungen in der Gerichtsbesetzung mussten ihr deshalb vorgängig zur Kenntnis gebracht werden.

Fraglich ist, ob es genüge, die Änderung in der Gerichtsbesetzung durch Anbringen eines kleingedruckten Vermerks "Mietgerichtspräsidentin i.V. MLaw A. I. Altieri" in der Vorladung vom 17. Juli 2023 (act. 39; act. 75/1) neben der Datumszeile bekannt zu geben. Bejahendenfalls hätte die Beklagte unverzüglich nach Kenntnissnahme der Vorladung resp. der darin angekündigten Besetzungsänderung ein Ausstandsgesuch stellen müssen (vgl. zur Gültigkeit der Vorladung nachfolgende E. 4). Ein erst in der Berufungsschrift gegen das Urteil vom 1. November 2023 geltend gemachter Ausstandsgrund wäre verspätet und demnach unbeachtlich. Ob ein deutlicherer Hinweis auf die geänderte Gerichtsbesetzung nötig gewesen wäre, kann aber offen gelassen werden, da dem Ausstandsbegehren jedenfalls – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – in der Sache kein Erfolg beschieden ist. Es kann auch offen bleiben, ob die Beklagte mit der unentschuldigten Säumnis an der Hauptverhandlung die Geltendmachung von Ausstandsgründen verwirkt hat.

3.2.

3.2.1. Inhaltlich macht die Beklagte geltend, dass MLaw A. I. Altieri vor ihrer Mitwirkung als Einzelrichterin des Urteils vom 1. November 2023 bereits am 19. September 2022 als Gerichtsschreiberin im gleichen Verfahren mitgewirkt habe. Daher sei sie vorbefasst und nicht mehr unabhängig gewesen. Dies verstosse gegen Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 30 Abs. 1 BV (act. 57 Rz. 9a).

3.2.2. Dagegen wendet die Klägerin ein, dass von einem vorgängigen Tätigwerden von MLaw A. I. Altieri in anderer Stellung im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b

ZPO nicht die Rede sein könne. Ein Ausstandsgrund liege gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn sich eine Gerichtsperson durch ihre Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt habe, das sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lasse. Die Annahme, dass sich MLaw A. I. Altieri durch die Einholung des Kostenvorschusses von der Klägerin bereits in einem Mass festgelegt habe, welches das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen liesse, sei realitätsfremd. Ein Ausstandsgrund liege folglich nicht vor (act. 71 Rz. 6).

3.2.3. Die Vorinstanz stellt sich in ihrer Stellungnahme auf den Standpunkt, dass eine Vorbefassung nach Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO offensichtlich nicht vorliege, da die Bestimmung Konstellationen anvisiere, bei welchen die betroffene Person als Mitglied einer anderen Behörde an einem Entscheid mitgewirkt habe. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn eine Gerichtsschreiberin des Obergerichts in erster Instanz als Ersatzrichterin gewirkt habe (act. 74 Rz. 2.2).

3.2.4. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson – objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird keine tatsächliche Befangenheit verlangt. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (zum Ganzen: BGE 140 I 326 E. 5.1).

3.2.5. Art. 47 ZPO konkretisiert den verfassungs- und menschenrechtlichen Anspruch der Parteien auf ein unparteiisches Gericht (KUKO ZPO-KIENER, 3. Aufl. 2021, Art. 47 N 1). Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO liegt ein Ausstandsgrund vor,

wenn eine Gerichtsperson bereits in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, in der gleichen Sache tätig war. Mit "Behörde" meint der Gesetzgeber sowohl gerichtliche als auch Verwaltungsbehörden. Nach dem Gesetzeswortlaut kann es sich um dieselbe oder um eine andere Behörde handeln. Der Begriff der Mitgliedschaft ist ebenfalls weit zu verstehen. Es muss genügen, wenn die Gerichtsperson kraft ihrer Stellung am Verfahren mitwirkte und dieses in der Sache durch Antragsrechte, Mitwirkung bei der Entscheidberatung oder durch Ausfertigung der Entscheidungsgründe beeinflussen konnte (BSK ZPO-WEBER, 4. Aufl. 2024, Art. 47 N 26). In Art. 47 Abs. 2 ZPO nennt das Gesetz (nicht abschliessend) fünf Konstellationen der vormaligen Befassung mit der gleichen Sache, die für sich allein keinen Ausstandsgrund bilden. Konstellationen mit engem Sachzusammenhang können zusätzlich unter dem Ausstandsgrund der Vorbefassung nach Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO geprüft werden (vgl. DIKE Komm ZPO-DIGGELMANN, 3. Aufl. 2025, Art. 47 N 13, wonach mehrere Funktionen einer Person im selben Verfahren unter Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO fallen).

3.2.6. Das Bundesgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 27. Dezember 2023 (BGer 7B_322/2023, 7B_323/2023 und 7B_324/2023) mit einer Konstellation auseinandergesetzt, die mit der vorliegend zu beurteilenden vergleichbar ist. In der Sache ging es um ein strafrechtliches Berufungsverfahren, in welchem die Beschwerdeführer Ausstandsbegehren gegen den ausserordentlichen Ersatzoberrichter C._____ stellten, welche von der Strafabteilung des Obergerichts des Kantons Zug abgewiesen wurden (a.a.O. Sachverhalt B.). Vor Obergericht wie auch vor Bundesgericht machten die Beschwerdeführer dabei verschiedene Ausstandsgründe gegen C._____ geltend. Dieser war bis 31. Januar 2023 beim Obergericht des Kantons Zug als Gerichtsschreiber angestellt und übernahm als zuständiger a.o. Ersatzoberrichter per 1. Februar 2023 die Berufungsverfahren der Beschwerdeführer (a.a.O. E. 4.2). Dabei machten die Beschwerdeführer geltend, dass C._____ bereits am 2. bzw. 3. Februar 2023 erste umfangreiche Präsidialverfügungen erlassen und am 1. Februar 2023 mit der Privatklägerschaft korrespondiert habe. Angesichts der Dimension des Straffalls hätten diese Verfügungen ein aufwendiges Aktenstudium und entsprechend einen grösseren Arbeitsaufwand vorausgesetzt. Folglich sei klar, dass sich C._____ bereits in seiner Funk-

tion als Gerichtsschreiber mit der Strafsache befasst habe (a.a.O. E. 4.1). Das Bundesgericht schützte einerseits die Darstellung der Vorinstanz, wonach kein aufwändiges Aktenstudium für das Erstellen der entsprechenden Verfügungen notwendig gewesen sei. Andererseits führte es aus, dass selbst eine Sichtung der Akten durch C._____ noch keinen Anlass für die Annahme einer Voreingenommenheit bilde (a.a.O. E. 4.4.5). Es sei nicht erkennbar, inwiefern sich C._____ dadurch bereits in einem Mass festgelegt hätte, welches ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend die tangierten Verfahren nicht mehr als offen erscheinen liesse (a.a.O. E. 4.4.5).

Das Bundesgericht legte im wiedergegebenen Entscheid folglich den Fokus nicht auf den Funktionswechsel der Gerichtsperson, sondern auf die allgemeine Gefahr einer *unzulässigen* Vorbefassung. Zur Prüfung, ob eine solche vorliegt, ist im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung noch als offen erscheint (BGE 131 I 113 E. 3.4; vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 30 N 38 f. m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.2.7. Wie dargelegt (vgl. E. 1.3), wirkte MLaw A. I. Altieri vor Durchführung der Hauptverhandlung und Erlass des angefochtenen Urteils als Einzelrichterin einzig bei der prozessleitenden Verfügung vom 19. September 2022 als Gerichtsschreiberin mit. Mit dieser Verfügung wurde ein Kostenvorschuss von der Klägerin erhoben. Es handelte sich dabei um eine absolute Standardverfügung, die dergestalt in nahezu jedem Zivilprozess vorkommt. Aus der Mitwirkung an der Kostenvorschussverfügung vom 19. September 2022 kann keine *unzulässige* Vorbefassung von MLaw A. I. Altieri für das spätere Sachurteil abgeleitet werden, da der Ausgang des Verfahrens auch nach Erlass der Verfügung ohne Weiteres als offen erschien. Daran ändert auch der zwischenzeitliche Funktionswechsel nichts. Die Rüge der Beklagten im Hinblick auf den Funktionswechsel respektive die behauptete unzulässige Vorbefassung von MLaw A. I. Altieri erweist sich als unbegründet.

3.3.

3.3.1. Die Beklagte macht in ihrer Berufung eine weitere Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV durch die Vorinstanz geltend. MLaw A. I. Altieri sei im Konstituierungsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Dezember 2023 nicht aufgeführt und ihr sei im entsprechenden Ernennungsakt nicht ausdrücklich Einzelrichterkompetenz zuerkannt worden. Zudem sei ihre Bezeichnung als "Mietgerichtspräsidentin i.V." nicht nachvollziehbar und rechtswidrig, da im Konstituierungsbeschluss nur Dr. Roger Weber als Mietgerichtspräsident und Abteilungspräsident mit Einzelrichterkompetenz erwähnt werde (act. 57 Rz. 9a).

3.3.2. Dagegen wendet die Klägerin ein, dass die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich nebenamtlichen Ersatzmitgliedern praxisgemäss Einzelrichterbefugnis erteile (act. 71 Rz. 10). Es sei davon auszugehen, dass die Vertretung rechtmässig erfolgt sei, da MLaw A. I. Altieri in dieser Funktion als Einzelrichterin geamtet habe, wozu sie befugt gewesen sei (act. 71 Rz. 11).

3.3.3. Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme unter anderem aus, dass die Liste der nebenamtlichen Ersatzmitglieder auf ihrer Homepage abrufbar sei und auf Anfrage ohne Weiteres der Ernennungsbeschluss für MLaw A. I. Altieri hätte erhältlich gemacht werden können (act. 74 Rz. 1.7). Mit der Bezeichnung "Mietgerichtspräsidentin i.V." werde kenntlich gemacht, dass in jedem zwölften eingehenden Fall ein vom Obergericht gültig ernanntes Ersatzmitglied anstelle des Mietgerichtspräsidenten den Vorsitz des Mietgerichts übernehme (act. 74 Rz. 4.1).

3.3.4. Darauf erwidert die Beklagte in ihrer Eingabe vom 27. Februar 2025, dass Einträge auf der Website der Vorinstanz sowie im Staatskalender keine gültige Publikation darstellen würden und insbesondere nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr nachvollzogen werden könnten. Bei der Vorinstanz schein sich eine § 26 GOG widersprechende Praxis etabliert zu haben. Gemäss jenem Paragraphen entscheide ausschliesslich der oder die Präsidentin des Mietgerichts als Einzelgericht Streitigkeiten nach § 21 GOG, weshalb die Bezeichnung als "Mietgerichtspräsidentin i.V." jeder gesetzlichen Grundlage entbehre. Daran könne auch § 11

Abs. 2 GOG in Bezug auf die befristete Ernennung von Ersatzmitgliedern durch die Verwaltungskommission des Obergerichts nichts ändern (act. 80 S. 4).

3.3.5. Gemäss § 26 Satz 1 GOG entscheidet die Präsidentin oder der Präsident des Mietsgerichts als Einzelgericht Streitigkeiten gemäss § 21 GOG bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–. Die Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte werden im Kanton Zürich durch das Obergericht ernannt und es bestimmt deren Befugnisse (§ 11 Abs. 1 GOG). Gerichtsintern wird diese Aufgabe von der Verwaltungskommission ausgeübt (§ 18 Abs. 1 lit. j Ziff. 3 Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 mit Stand vom 1. März 2022). Die nebenamtlichen Ersatzmitglieder werden nicht im jeweiligen Konstituierungsbeschluss der Bezirksgerichte aufgeführt, sondern deren Stellung ergibt sich aus den von den Bezirksgerichten elektronisch publizierten Listen mit Interessenbindungen (vgl. OGer ZH PP230043 vom 28. September 2023 E. 2d; OGer ZH RT180196 vom 28. Februar 2019 E. 2.3.1).

3.3.6. Der vorstehend wiedergegebenen gesetzlichen Regelung lässt sich entgegen der Beklagten nicht entnehmen, dass eine Wahrnehmung der Rechtsprechungsaufgabe gemäss § 26 Satz 1 GOG durch Ersatzmitglieder unzulässig wäre. Es entspricht vielmehr dem Zweck von Ersatzmitgliedern, diese anstelle der ordentlichen Mitglieder der Bezirksgerichte, sei es als Mitglied eines Kollegialgerichts gemäss § 19 ff. GOG oder als Einzelgericht gemäss § 24 ff. GOG, einzusetzen. Es ist dabei einzig zu verlangen, dass eine Einzelrichterbefugnis ausdrücklich erteilt wird (vgl. BGE 105 Ia 166 E. 4b zum früheren zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz).

3.3.7. Weiter ist die elektronische Publikation von Ersatzmitgliedern nicht zu beanstanden, da § 11 Abs. 1 GOG die Art der Publikation nicht regelt und folglich eine Publikation mit elektronischen Mitteln nicht ausschliesst. Einer allfälligen fehlenden späteren Nachvollziehbarkeit kann im Einzelfall durch Aushändigung des jeweiligen Ernennungsbeschlusses des Ersatzmitglieds Rechnung getragen werden.

3.3.8. Gemäss Ernennungsbeschlüssen der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 10. Mai 2023 resp. 21. Juni 2023 wurde MLaw A. I. Altieri für den Zeitraum vom 1. Juni 2023 bis 30. Juni 2023 und vom 1. Juli 2023 bis 30. Juni 2024 zur nebenamtlichen Ersatzrichterin mit Einzelrichter- und Vorsitzendenkompetenz für das Mietgericht Zürich ernannt (act. 75/5–6). Entsprechend war MLaw A. I. Altieri berechtigt, das angefochtene Urteil vom 1. November 2023 als Einzelrichterin und Mietgerichtspräsidentin i.V. zu erlassen. Der Zusatz "i.V.", d.h. "in Vertretung", entspricht dabei gängiger Praxis und drückt aus, dass die so bezeichnete Person eine Funktion (hier: das Präsidium des Mietgerichts) nicht regulär, sondern nur im Einzelfall vertretungsweise ausübt. Auch eine Bezeichnung als "Ersatzrichterin" wäre ohne Weiteres zulässig gewesen.

3.4. Nach dem Gesagten erweisen sich die Rügen der Beklagten zur vorinstanzlichen Gerichtsbesetzung als unbegründet.

4. Rügen in Bezug auf die vorinstanzliche Hauptverhandlung

4.1. Die Beklagte macht geltend, sie sei nicht formell korrekt zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgeladen worden. Während dem erstinstanzlichen Prozess habe eine Absorptionsfusion der A._____ AG, der Beklagten, als übernehmende Gesellschaft mit der der A'._____ GmbH, der ehemaligen Beklagten, als übertragende Gesellschaft stattgefunden. Die Absorptionsfusion habe materiell am Tag des Vertragsschlusses (27. Juni 2023) und formell am tt.mm.2023 (Eintragung der Fusion und Löschung der ehemaligen Beklagten im Handelsregister) stattgefunden, was im SHAB am tt.mm.2023 publiziert worden sei. Die Vorinstanz hätte den Parteiwechsel per tt.mm.2023 feststellen und bemerken müssen, dass die vom 17. Juli 2023 datierende und am 25. Juli 2023 an die ehemalige Beklagte respektive ihren Rechtsvertreter zugestellte Vorladung zur Hauptverhandlung keine prozessualen Rechtswirkungen mehr haben zeitigen können. Die Vorinstanz hätte richtigerweise die Vorladung der Beklagten erneut erlassen und rechtsgültig zustellen müssen. Somit sei die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Beklagte der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei, falsch. Aus diesem Grund sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und eine neue Hauptverhandlung nach rechtsgenügender Vorladung der Beklagten durchzuführen (act. 57 Rz. 9b).

In der Eingabe vom 27. Februar 2025 hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest (act. 80 S. 2 f.).

4.2. Mit Schreiben vom 17. Juli 2023 lud die Vorinstanz die Parteien unter Hinweis auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 234 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO zur Hauptverhandlung auf den 1. November 2023 vor (act. 39; act. 75/1). Die Vorladung wurde der ehemaligen Beklagten und ihrem Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____, je am 25. Juli 2023 zugestellt (vgl. act. 39A und act. 75/1). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein Parteiwechsel *ex lege* gemäss Art. 22 FusG vorliege, was zur Anpassung des Rubrums anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. November 2023 geführt habe (act. 56 E. II.2). Die Vorladung sei sowohl von der ehemaligen Beklagten als auch von ihrem damaligen Vertreter in Empfang genommen worden. Die Beklagte sei der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben, weshalb ohne sie verhandelt worden sei (act. 56 E. II.3).

4.3. Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig, wobei besondere gesetzliche Bestimmungen über die Rechtsnachfolge vorbehalten bleiben (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Gemäss Art. 22 Abs. 1 FusG wird eine Fusion mit der Eintragung in das Handelsregister rechtswirksam. Sie führt zum Parteiwechsel *ipso iure* (KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 83 N 16). Das massgebende Datum für die Wirksamkeit ist – vorbehältlich einer rückwirkenden Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) – jenes der Eintragung im Tagebuch (Art. 9 Abs. 1 HRegV), respektive gegenüber gutgläubigen Dritte jenes der SHAB-Publikation (Art. 936a Abs. 1 OR; OLG IATI, in: Amstutz/Atamer [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, 4. Aufl. 2023, Art. 22 FusG N 1 f.).

4.4. Die Löschung der Beklagten infolge Fusion wurde am tt.mm.2023 in das Handelsregister eingetragen und am tt.mm.2023 im SHAB publiziert (vgl. www.zerfix.ch). Entgegen der Vorinstanz kann damit vorliegend nicht einschlägig sein, ob die Vorladung der ehemaligen Beklagten am 25. Juli 2023 noch direkt zugestellt werden konnte, da sie zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr existierte. Fraglich ist hingegen, ob die Zustellung der Vorladung an den Rechtsvertreter der zu die-

sem Zeitpunkt bereits gelöschten ehemaligen Beklagten am 25. Juli 2023 Wirkung für die Beklagte entfalten konnte. Wie es sich im Allgemeinen damit verhält, braucht vorliegend nicht vertieft zu werden, da der Argumentation der Beklagten gestützt auf die nachfolgend aufzuzeigenden besonderen Umstände nicht gefolgt werden kann. Aus diesem Grund kann auch eine Auseinandersetzung mit dem von der Beklagten für ihren Standpunkt angeführten Entscheid (OGer ZH PS130131 vom 29. August 2013) unterbleiben.

4.5. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ nicht nur Prozessvertreter der ehemaligen Beklagten war, sondern überdies einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten (act. 56 E. II.2.7). Die Beklagte bestätigt diesen Umstand in ihrer Berufung (act. 57 Rz. 9b S. 7).

4.6. Gemäss Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB sind die Organe berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben und sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten. Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ konnte aufgrund seiner Doppelstellung als Rechtsvertreter der ehemaligen Beklagten und einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der (neuen) Beklagten nicht im Unwissen über die erfolgte Fusion und den angesetzten Termin der Hauptverhandlung sein. Die Beklagte hat sich das Wissen ihres Organs anrechnen zu lassen bzw. erweist sich eine Berufung auf die formelle Ungültigkeit der Vorladung angesichts dieser Umstände als treuwidrig (Art. 52 Abs. 1 ZPO). Daher war die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung auch für die Beklagte wirksam und ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von deren unentschuldigtem Säumnis ausging.

4.7. Soweit die Beklagte darüber hinaus geltend macht, dass eine Anwendung der Säumnisfolgen von Art. 234 ZPO im vorliegenden, von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrschten vereinfachten Verfahren nicht gerechtfertigt wäre (act. 57 Rz. 9b S. 7), kann ihr nicht gefolgt werden. Die ZPO (mit im vorliegenden Verfahren anwendbarem Stand per 1. September 2023) sieht für die Säumnis an der Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren keine besonderen Normen vor.

Das Bundesgericht kam in Bezug auf das vereinfachte Verfahren zum Schluss, dass im Falle einer ohne Begründung eingereichten Klage und direkter Vorladung zur Hauptverhandlung (Art. 245 Abs. 1 aZPO) bei Säumnis der beklagten Partei an der Hauptverhandlung die Säumnisfolgen von Art. 234 Abs. 1 ZPO Anwendung finden (BGE 146 III 297 E. 2.7). Dies muss umso mehr dann gelten, wenn – wie im vorliegenden Verfahren – im Falle einer begründeten Klage diese der beklagten Partei im Sinne von Art. 245 Abs. 2 aZPO vorab zur schriftlichen Stellungnahme zugestellt und erst im Anschluss zur Hauptverhandlung vorgeladen wird. Die Parteien wurden im Übrigen mit der Vorladung – wie von Art. 133 lit. f ZPO vorgesehen – explizit auf die Säumnisfolgen hingewiesen (vgl. E. 4.2). Die Vorinstanz durfte entsprechend aufgrund der unentschuldigten Säumnis der Beklagten an der Hauptverhandlung ihrem Entscheid aufgrund von Art. 234 Abs. 1 ZPO die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Klägerin zugrunde legen.

4.8. Folglich erweisen sich die Rügen der Beklagten in Bezug auf die vorinstanzliche Hauptverhandlung als unbegründet.

5. Fazit

Gesamthaft sind die Rügen der Beklagten unbegründet, was zur Abweisung der Berufung führt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 24'000.– (vgl. E. 2.1) und in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'450.– festzusetzen. Sie ist mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

6.2. Der anwaltlich vertretenen und obsiegenden Klägerin und Berufungsbeklagten steht eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu. Diese ist ausgehend vom vorgenannten Streitwert und in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV festzusetzen. Da nur eine auf das Thema der

vorinstanzlichen Gerichtsbesetzung eingeschränkte Berufungsantwort zu erstatten war (vgl. E. 1.7), ist dieser Umstand bei der Parteientschädigung reduzierend zu berücksichtigen. Gesamthaft erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– als angemessen.

6.3. Bezüglich des klägerischen Antrags auf Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlags ist auf das Kreisschreiben des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (mit Ergänzung vom 17. September 2010) hinzuweisen. Eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlags beantragt, hat die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und zu belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann, wenn die Gegenseite gegen den entsprechenden Antrag nicht opponiert (BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Die Klägerin ist im Mehrwertsteuerregister eingetragen und macht keine besonderen Umstände geltend. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist somit nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Mietgerichts Zürich vom 1. November 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'450.– festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 80, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

M.A. HSG M. Toscanelli

versandt am: